ESSAI

SUR LES

ORIGINES DU TESTAMENT ROMAIN

Thèse de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne

PAR

ALFRED OBRIST



LAUSANNE
IMPRIMERIE CH. VIRET-GENTON

1906

ESSAI

SUR LES

ORIGINES DU TESTAMENT ROMAIN

Thèse de licence et de doctorat

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne

PAR

ALFRED OBRIST



LAUSANNE
IMPRIMERIE CH. VIRET-GENTON

1906

A la mémoire de mon père.

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. *Précis de droit romain.* Paris, 1874.

ALBERT. *La liberté de tester.* Angers, 1895.

APPLETON, Ch. *Le Testament romain*, la *Méthode du droit comparé* et l'*Authenticité des XII Tables.* Paris, 1903.

— *Le Testament de Gaïus Longinus Castor.* Revue générale du Droit. 1905.

AUFFROY. *Evolution du Testament en France des Origines au XIIIe siècle.* Paris, 1899.

AULU-GELLE. *Nuits Attiques.* Trad. de Nisard.

BALZARETTI. *Einführung in das franz. Civilrecht*, suivi du Code de la Convention.

BAUBY. *De la Mancipation.* Thèse. Paris, 1894.

BEAUCHET. *Histoire de l'Organisation judiciaire en France.* Paris, 1886.

— *Histoire du Droit privé de la République Athénienne.* T. II et III. Paris, 1897.

BEAUMANOIR. *Coutumes de Beauvoisis.* Paris, 1842.

BÉGUIN. *L'Adoption.* Thèse. Lausanne, 1904.

BEHREND. *Lex salica.* Berlin, 1874.

BERNHÖFF. *Zur Reform des Erbrechts.*

BOISSONADE. *Histoire de la Réserve héréditaire.* Paris, 1873.

BONNET. *Des mots Familia et Pecunia dans la loi des XII Tables.* Thèse. Paris, 1900.

Bouché-Leclercq. *Manuel des Institutions romaines.* Paris, 1886.

de Bousies. *Les Lois successorales dans la société contemporaine.* Paris, 1890.

Brocher, Ch. *Etude historique et philosophique sur la Légitime et les Réserves.* Paris, 1868.

Brunner. *Deutsche Rechtsgeschichte.* Leipsig, 1892.

Bruns. *Fontes juris romani antiqui.* Fribg. en B. et Leipsig, 1893.

Burlamaqui. *Eléments de droit naturel.*

de Butenval. *Les lois de succession appréciées dans leurs effets économiques.* Paris, 1875.

Caillemer, E. *Le droit de succession légitime à Athènes.* Paris, 1878.

Caillemer, R. *Origine et Développement de l'Exécution Testamentaire. Epoque franque et Moyen-Age.* Lyon, 1901.

Chaisemartin. *Proverbes et Maximes du droit germanique.* Paris, 1891.

Cicéron. *Œuvres diverses.*

Cornil. *Contribution à l'étude de la Patria potestas, dans la Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger,* 1897.

Cornulier-Lucinière. *Etudes sur le Droit de Tester.* 2 vol. Paris, 1880.

Costa. *Storia del Diritto Romano.* Bologna, 1903.

Courtet. *De l'adrogation.* Thèse. Paris, 1892.

Cuq. *Histoire des Institutions juridiques des Romains.* Paris, 1891.

— *Recherches historiques sur le Testament per aes et librum,* Nouvelle Revue Historique. 1886.

Dareste. *Etudes d'histoire du droit.* Paris, 1889.

— *La Science du droit en Grèce.* Paris, 1893.

— *La Loi de Gortyne.* Nouvelle Revue Historique. 1886.

De Lapouge. *Le Dossier de Bunanitun.* Etude de droit babylonien. Nouvelle Revue Historique. 1886.

Demenget. *Institutes de Gaïus.* Paris, 1866.

Demolombe. *Successions. Testaments.*

Deutsch. Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Recht. Berlin, 1899.

Denys d'Halicarnasse. *Antiquités romaines.*

Dubois. *Droit attique et Histoire comparée des législations (succession, saisine, gentilité, etc.).* Nouvelle Revue Historique. 1881.

Duvergier. *Traité des Successions légitimes.* Paris, 1785.

Erman. *Cours de droit romain.*

— *Sind die XII. Tafeln ächt?* Sav. Zeitsch. 1902.

Esmein. *Cours élémentaire de droit français.* Paris, 1892.

Fenet, P. A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil.*

De Ferrière. *Dictionnaire de droit et de pratique.* Toulouse, 1779.

Fustel de Coulanges. *La Cité Antique.* Paris, 1864.

— *Recherches sur quelques problèmes d'histoire.* Paris, 1885.

— *Nouvelles recherches.* Paris.

Gans. *Histoire du droit de succession en France au Moyen-Age.* Paris, 1845.

Garsonnet. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée.* Paris, 1879.

Geffcken, H. *Lex salica.* Leipsig, 1898.

Girard. *Manuel élémentaire de Droit romain.* Paris, 1896.

— *Textes de Droit romain.* Paris, 1903.

— *L'Histoire des XII Tables.* Paris, 1903.

Giraud. *Histoire du Droit romain.* Paris, 1847.

Glasson. *Le droit de succession dans les lois barbares.* N. R. H. 1885.

— *Etude sur Gaïus.* Paris, 1885.

— *L'Autorité paternelle.* Paris, 1889.

Greif. *De l'origine du Testament romain.* Thèse. Paris, 1888.

Grimm. *Deutsche Rechtsalterthümer.* Leipsig, 1899.

Hecker. *Die Adoption im geltenden Recht als Produkt der historischen Entwickelung.* Leipsig, 1903.

Heusler. *Institutionen des deutschen Privatrechts.* Leipsig, 1885.

Hölder. *Institutionen des römischen Rechtes.* Tubingen, 1877.

Huber. *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. T. II.* Basel, 1888.

— *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts.* Basel, 1895.

Jhering. *L'Esprit du Droit Romain*, Trad. de O. de Meulenaere. Paris, 1878.

JHERING. *Les Indo-Européens avant l'Histoire.* Trad. du même. Paris, 1895.

JACOT. *Essai critique sur les bases philosophiques du droit de tester.* Thèse. Lausanne, 1899.

JOUAULT. *De la transmission des Sacra Privata.* Thèse. Paris, 1893.

KARLOWA. *Römische Rechtsgeschichte.* Leipsig, 1894.

KŒNIGWARTER, L. J. *Histoire de l'organisation de la famille en France.*

KRUEGER. *Histoire des Sources du droit romain.* Trad. de Brissaud. Paris, 1894.

— *Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum.* Berlin, 1878.

KUNTZE. *Römisches Recht.* Cursus. Leipsig, 1879.

— *Römisches Recht.* Excurse. Leipsig, 1880.

LAFERRIÈRE. *Histoire du Droit civil français.* Paris, 1846.

LAMBERT. *La Tradition romaine sur la Succession des formes du testament devant l'histoire comparative.* Paris, 1901.

— *La fonction du droit civil comparé.* Introduction. Droit successoral. Paris, 1903.

— *Une réforme nécessaire des études de droit civil,* dans la *Revue Internationale de l'Enseignement.* Paris, 1900.

— *L'Authenticité des XII Tables et les Annales Maximi.* Paris, 1902.

LARDY. *Les législations civiles des Cantons suisses.* Paris, 1877.

LASSALLE. *Das System der Erworbenen Rechte.* Leipsig, 1880.

DE LAVELEYE. *De la propriété et de ses formes primitives.* Paris, 1891.

LEFAS. *L'Adoption testamentaire.* Nouvelle Revue Historique. 1897.

LEBRUN. *Traité des successions.*

LOYSEL. *Institutes coutumières.* Paris, 1758.

MAY. *Eléments du Droit romain.* Paris, 1892.

MENTHA. *Le droit de tester.* Neuchâtel, 1891.

MERLIN. *Répertoire.* Paris, 1815.

DE MEULENAERE. *Code civil allemand et Loi d'introduction.* 1897.

MITTERMAIER. *Privat Recht.*

MOMMSEN. *Manuel des Antiquités romaines. T. 3. Le droit public romain.* Trad. de Girard. Paris, 1893. — *T. 12.*

Le Culte chez les Romains. Trad. de Marquardt. Paris, 1889.
Motive zu dem Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. T. V. Erbrecht.
Orsier, J. F. *Cours de Droit romain professé à Paris.*
Ortolan. *Explication historique des Instituts*. Paris, 1883.
Pertg. *Monumenta Germaniæ Historica. Legum.* Hannoverae, 1868.
Peyré. *Lois des Francs. Loi salique et Loi ripuaire*. Paris, 1828.
Portalis. *Discours préliminaire.*
Pothier. *Traité des successions. Des propres.*
Pufendorf. *Le droit de la nature et des gens*. Trad. de Barbeyrac. Basle, 1771.
Revillout, Eug. *Cours de droit égyptien*. Paris, 1884.
— *Les obligations en droit égyptien*. Appendice sur le droit de la Chaldie de V. et E. Revillout. Paris, 1886.
Rivier. *Traité des successions en Droit romain.*
— *Précis du droit de famille romain*. Paris, 1891.
Riehl. *Die Familie.*
de Rozières. *Recueil Général des Formules*. Paris, 1871.
Salvioli. *Manuale di Storia del Diritto Italiano*. Turin, 1903.
von Savigny. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg, 1834-1851.
Scheil. *La loi de Hammourabi*. Paris, 1904.
Schirmer. *Das Familien Vermögen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Römern*. Sav. Zeitsch. Röm. Abth. 1881.
Schrœder. *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*. Leipsig, 1894.
— *Die Franken und ihr Recht*. Weimar, 1881.
Schulin. *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes.* Stuttgart, 1889.
— *Das Griechische Testament vergl. mit dem Römischen.* Basel, 1882.
Siegel. *Deutsches Erbrecht.*
Sohm. *Institutionen des römischen Rechts*. Leipsig, 1894.
— *Fränkisches Recht und röm. Recht*. Weimar, 1880.
Sumner-Maine. *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la Société primitive et avec les idées modernes*. Trad. de Courcelle-Seneuil. Paris, 1874.

Sumner-Maine. *Etudes sur l'Ancien droit et la Coutume primitive*. Paris, 1884.
— *Etudes sur l'Histoire du Droit*. Paris, 1889.
Tacite. *Germanie*.
Tardif. *Histoire des sources du droit canonique*. Paris, 1887.
— *Histoire des sources du droit français*. Paris, 1890.
Thonissen. *La Loi salique*. Paris, 1882.
Troplong. *Traité des Donations et Testaments*.
Traité des Lois civiles dans l'Ancien droit français. (Adrian Moetjens.)
Valentin-Smith. *La Loi Gombette*. Paris, 1889.
Viatte. *De l'Exhérédation et des restrictions au droit d'exhéréder. Etude de Droit romain*. Paris, 1897.
Viollet. *Histoire du droit français*. Paris, 1886 et 1905.
Voigt. *XII Tafeln*. Leipsig, 1883.

AVANT-PROPOS

Si l'étude de l'histoire de la succession testamentaire romaine présente un très vif intérêt, c'est qu'elle fait pénétrer au cœur même d'une des institutions les plus originales de Rome, la famille. Mais le problème des origines du testament romain touche à d'autres domaines ; il est en connexion intime avec la puissance paternelle, l'adoption, la propriété, le culte. L'examen de cette question des origines d'une institution qui s'est transmise dans presque toutes les législations du monde est fort complexe, vu l'absence de sources et de documents, tout au moins pour la période antérieure aux XII Tables. En effet, le texte des premières lois de Rome ne nous est pas parvenu et les recherches entreprises par les historiens du droit pour reconstituer la vie juridique des Romains des premiers âges n'ont abouti jusqu'à présent qu'à des conjectures plus ou moins vraisemblables et vérifiables. Il est probable qu'il faudra renoncer à obtenir jamais la vérité sur les institutions d'un passé si ancien. Toutefois, les récents travaux de MM. Lambert

et Appleton, auxquels nous renverrons souvent au cours de notre étude, ont projeté une lumière nouvelle sur l'histoire de l'évolution du testament romain. Les résultats obtenus notamment par M. Lambert par l'application de la méthode de l'histoire comparative à la résolution de ce problème ont attiré l'attention du monde savant ; ils sont de nature à modifier les idées qui ont généralement cours sur la nature et la structure juridiques des actes pour cause de mort du très ancien droit auprès de ceux qui s'imaginent que le testament a existé dès l'époque la plus reculée à Rome sous la forme d'un acte unilatéral et personnel.

Mais ce qui rend l'étude de l'histoire du testament romain particulièrement intéressante, c'est qu'elle montre mieux que toute autre comment les progrès du droit et de la législation se réalisent. L'évolution d'aucune institution ne présente d'une façon plus caractérisée la démonstration de l'acheminement des actes juridiques de l'ancien droit vers la simplification constante des formes.

Au point de vue de sa fonction sociale, le testament, ou l'opération qui en tenait lieu, est parti d'une idée purement religieuse; dans sa marche évolutive à travers les siècles, son but s'est transformé et est devenu exclusivement économique. Au point de vue de sa structure, l'acte pour cause de mort est issu du contrat d'adoption dont il a longtemps conservé les formes. Petit à petit, et par étapes successives, il s'est dépouillé de sa nature primitive d'acte contractuel pour revêtir finalement le caractère d'un acte strictement unilatéral. Le concept du testament n'est apparu qu'à une époque beaucoup plus récente qu'on ne le croit généralement.

Les pages qui suivent sont la démonstration de ce que nous avançons.

Mieux que personne nous nous rendons compte de l'imperfection de notre travail. Mais quelle que soit la valeur de cette étude, nous sommes heureux de l'avoir entreprise, malgré les défaillances qu'on y constatera, défaillances qu'on voudra bien attribuer aux difficultés considérables du sujet et aux conditions défavorables dans lesquelles nous nous sommes trouvé pour le développer. Les recherches auxquelles nous avons dû nous livrer nous ont ouvert des horizons nouveaux et nous ont surtout fait saisir toute l'utilité de l'emploi de la méthode comparative pour apprendre à connaître scientifiquement la raison d'être et l'évolution des institutions juridiques d'un peuple.

CHAPITRE PREMIER

Le testament est inconnu des peuples primitifs.

Le testament tel que les juristes classiques l'ont défini et tel qu'il a passé dans les législations modernes est inconnu de tous les peuples dans leur enfance. C'est là une vérité que les enseignements de l'histoire comparative du droit permettent de considérer comme acquise. L'attribution à un acte unilatéral de dernière volonté d'une énergie juridique suffisante pour créer, transmettre et éteindre des droits ne se manifeste dans l'évolution des systèmes de transmission héréditaire du patrimoine qu'à une période déjà avancée de la civilisation. La localisation dans les milieux primitifs d'une notion aussi subtile que celle de l'extension au-delà de l'existence terrestre d'une volonté subjective susceptible de transférer la propriété apparaît comme quelque chose d'exorbitant et de profondément incompatible avec les institutions rudimentaires des peuples à l'origine de leur développement. Il ne peut être question de testament considéré comme disposition de dernière volonté dans

les groupements politico-religieux qui forment la société primitive et qui n'ont d'autre but que d'assurer la vie commune. L'organisation soit de la famille soit de la propriété a dû opposer un obstacle insurmontable à l'admission dans la coutume ou dans la législation d'un acte purement personnel dont les effets ne se réalisent que par la mort et après la mort de l'individu qui l'a créé. Le testament moderne révèle une particularité unique dans le domaine du droit : il exprime la volonté d'une personne au moment où celle-ci est incapable d'aucune volonté. On le désigne en termes contradictoires : c'est l'acte d'un mort.

Un phénomène aussi étonnant que celui qui se manifeste dans la survivance d'une volonté qui en réalité a cessé d'exister ne peut correspondre qu'à un état de perfectionnement déjà considérable des institutions juridiques ; une conception aussi audacieuse que celle d'un acte qui parvient à éliminer le fait de la mort ne peut germer que dans des esprits déjà fortement individualisés. L'acte testamentaire n'est en effet pas une création ordinaire et naturelle. Chez tous les peuples, et même à Rome, on n'est pas arrivé du premier coup à le concevoir sous la physionomie qui nous est familière. Sa réception dans un système de droit suppose une culture déjà raffinée et des besoins matériels et moraux dénonçant une extension de plus en plus large des droits individuels : aucun acte de la vie juridique ne met plus brutalement en opposition les droits de la communauté ou de la famille avec ceux de l'individu.

Au double point de vue de sa structure juridique et de sa fonction économique et sociale, le testament apparait comme un concept hardi qui n'a pu pénétrer dans les législations qu'avec le concours et sous le couvert

d'autres institutions qui l'ont précédé dans l'ordre d'apparition des procédés d'élaboration du droit et qui lui ont frayé les voies. L'acte unilatéral de dernière volonté autorisant le disposant à se choisir, en dehors du cercle des membres de la famille, sans la participation d'aucune volonté étrangère et seulement pour après la mort, un successeur à sa personne et à ses biens, ne peut être que le résultat de la lente et longue évolution d'une institution dont l'origine elle-même doit être recherchée, selon nous, dans les pratiques religieuses que l'on retrouve chez tous les peuples primitifs et notamment dans le procédé utilisé pour satisfaire au besoin de l'individu de se perpétuer dans la famille. Ce procédé c'est l'adoption sous ses différentes formes.

A l'origine de tous les peuples dont la parenté se révèle dans la croyance à l'immortalité de l'âme et dans le culte des ancêtres, on constate des traces d'adoption. Cette institution remonte donc à une haute antiquité.

Le droit archaïque, et tout spécialement le droit aryen, revêt un caractère nettement théocratique. Le mariage, la famille, la propriété, tout est religieux. Ce trait est commun à tous les peuples Indo-Européens. Partout où les vestiges du passé décèlent l'existence de l'adoption, on remarque qu'elle a lieu selon des formes et dans un but exclusivement religieux.

L'acte pour cause de mort ou son équivalent dans le très ancien droit est donc sans doute aussi d'essence religieuse, dans sa forme originelle, tant il est probable, ce que la suite de cette étude tendra à démontrer, qu'à un moment reculé de l'histoire la fonction du testament s'est confondue avec celle de l'adoption. Il semble cependant que l'adoption a perdu, dans une phase postérieure de son développement historique, son carac-

tère si exclusivement religieux qui s'est effacé peu à peu devant l'idée économique. On sait en effet que les institutions de l'antiquité ont évolué dans ce sens. C'est peut-être à l'époque qui a précédé immédiatement cette transformation — époque qu'il est d'ailleurs difficile de préciser — que l'acte pour cause de mort s'est détaché de l'adoption et que ces deux institutions ont commencé à agir séparément, chacune dans sa sphère spéciale, pour répondre à des aspirations nouvelles. L'affaiblissement de l'idée religieuse a sans doute aussi exercé une influence considérable sur l'acte de dernière volonté en lui imprimant à son tour un caractère économique et il est possible que dans le nouveau rôle qu'il a été appelé à jouer sa structure juridique se soit modifiée.

L'adoption, comme tous les actes de la vie juridique primitive, est un acte bilatéral, entre vifs, et cette forme lui est toujours restée fidèlement attachée. Le testament, dans sa construction classique, est au contraire un acte exclusivement unilatéral, personnel et révocable. En a-t-il toujours été ainsi ? — Il est certainement permis de dire non. Nous nous bornons pour le moment à l'affirmer.

On ne peut juger des institutions du passé qu'en restituant aux milieux qui les ont vu naître les idées qui ont présidé à leur formation ; on ne peut les comprendre qu'en se plaçant dans la mentalité, si l'on peut dire, des hommes qui les ont créées et utilisées. Il faut en tout cas renoncer à comparer sans cesse les mœurs de l'antiquité à nos mœurs modernes si l'on veut en saisir l'esprit et la raison d'être. Rien n'est plus opposé à nos mœurs familiales actuelles que celles qu'ont pratiquées les Romains de la Royauté, les Grecs d'avant Solon ou les Germains du temps de Tacite ; et si l'on

remonte plus haut encore, on constatera qu'à une époque préhistorique ont correspondu certains régimes diamétralement différents, tel par exemple le matriarcat par opposition au patriarcat. Si ridicules que les croyances anciennes puissent nous paraître aujourd'hui, nous ne devons pas perdre de vue qu'elles ont régi les sociétés dont sont issus les peuples modernes. Les rites et les cérémonies qui accompagnaient tous les actes de la vie religieuse ont survécu pendant nombre de siècles à leur cause naturelle et se sont transmis à des opérations qui n'avaient plus qu'une parenté lointaine avec eux. Le formalisme est la caractéristique des opérations destinées à régler les rapports de droit, et beaucoup de cérémonies ont subsisté alors que les institutions auxquelles elles correspondaient étaient depuis longtemps tombées en désuétude et dans l'oubli. Le caractère de survivance des mots sacramentels, par exemple, est manifeste dans telle règle du droit romain où ils n'ont que faire et où ils apparaissent comme vides de sens. Il est évident qu'ils n'y figurent plus que pour la forme, *gratia dicis*, et par respect pour les choses du passé. Les peuples anciens sont essentiellement conservateurs. Ils ont, d'autre part, une tendance très marquée à matérialiser les expressions ayant trait aux opérations juridiques. Chez les Romains et les Grecs le langage juridique porte l'empreinte de ce matérialisme. « Observons les Grecs de Périclès, les Romains du temps de Cicéron, dit Fustel de Coulanges[1]; ils portent en eux les marques authentiques et les vestiges des siècles les plus reculés. Le contemporain de Cicéron a l'imagination pleine de légendes ; ces légendes lui viennent d'un temps très antique et elles portent

[1] « Cité antique », p. 5.

témoignage de la manière de penser de ce temps-là. Le contemporain de Cicéron se sert d'une langue dont les radicaux sont infiniment anciens ; cette langue en exprimant les pensées des vieux âges s'est modelée sur elle et elle en a gardé l'empreinte qu'elle transmet de siècle en siècle. Le sens intime d'un radical peut quelquefois révéler une ancienne opinion ou un ancien usage ; les idées se sont transformées et les souvenirs se sont évanouis ; mais les mots sont restés, immuables témoins des croyances qui ont disparu ;... qu'on regarde de près les rites qu'il observe ou les formules qu'il récite, et on y trouvera la marque de ce que les hommes croyaient quinze ou vingt siècles avant lui. »

Tout cela est fort juste et peut être observé non seulement chez les Romains et les Grecs mais aussi chez les peuples germaniques. Les conceptions abstraites sont évidemment étrangères aux hommes de l'Antiquité. Pas plus qu'aucun peuple en voie de formation et de développement les Romains de l'époque royale n'ont eu la perception que la volonté pût se survivre à elle-même au delà de l'existence par une fiction juridique.

D'un autre côté, l'étude des procédés de réalisation du droit est aussi une source féconde d'enseignements. Aucune institution ne s'est implantée d'un coup dans un milieu. Lorsqu'un besoin s'est fait sentir dans les rapports des hommes entre eux, quels que soient l'époque et le lieu, il s'est formé un usage destiné à satisfaire ce besoin. Cet usage a été consacré par la coutume, puis par la législation. L'évolution a abouti à l'institution ; la règle de droit, pas plus que la nature, ne fait de sauts : elle correspond à un besoin et se modifie avec lui. Pour saisir le fonctionnement de l'institution née

d'une nécessité juridique ou sociale, il ne suffit pas d'examiner le but politique ou économique auquel elle était destinée originairement à répondre ; il faut encore en étudier la structure et le mécanisme. Mais il faut surtout en comparer les diverses pièces avec celles des institutions similaires nées dans d'autres milieux pour réaliser le même besoin et pour atteindre le même but : à une similitude de formes correspond généralement une similitude d'effets bien que les pièces de la construction puissent être différentes. A ces conditions seulement l'étude historique et technique d'un procédé de formation du droit devient intéressante et réellement profitable parce que cette méthode donne le maximum de certitude scientifique.

Nous ne méconnaissons pas que les investigations faites au moyen de cette méthode supposent une certaine uniformité d'évolution dans le temps et dans l'espace, uniformité qui peut être contrariée par les particularités et les prédispositions spéciales à chaque peuple et par les influences naturelles au milieu desquelles le droit s'est élaboré. Mais il est certain que si la base de comparaison n'est pas trop étendue et que si l'on se borne à observer entre elles les institutions des peuples dont la parenté commune se manifeste par la similitude des croyances et des besoins qui en découlent, les chances d'erreur sont réduites à leur minimum. Des idées communes, nées chez des peuples inconnus les uns des autres, doivent avoir une source commune de vérité.

Juger du testament de l'ancien droit romain, par exemple, ou de l'opération juridique qui en tenait lieu, avec notre esprit moderne habitué à le concevoir comme acte unilatéral et à le voir fonctionner pour ainsi dire automatiquement dès le décès du *de cujus* et à ce mo-

ment-là seulement, c'est s'exposer aux pires méprises. L'acte pour cause de mort des premiers âges a répondu à certains besoins qui n'ont plus été les mêmes aux époques postérieures et ce même acte a continué à subsister tout en perdant au cours de son évolution sa destination primitive; il a été utilisé pour satisfaire à d'autres aspirations. Le testament classique est, on l'a dit fort justement, un point d'arrivée. Dans l'épanouissement de son développement il remplit un but presque exclusivement économique. Son point de départ, nous l'avons vu, doit être recherché dans l'adoption. A ce moment-là, sa raison d'être est religieuse. On sait d'ailleurs que lorsque une institution n'est plus nécessitée par des motifs religieux, elle tend à prendre un caractère économique.

L'évolution du testament romain peut être éclairée par la comparaison de la succession des formes de l'acte destiné, dans d'autres milieux et tout spécialement chez les Grecs et chez les peuples germaniques, à réaliser le même but : la création d'un successeur artificiel à la personne et aux biens du *de cujus*. L'examen des voies par lesquelles le testament est parvenu à sa forme classique est du plus grand intérêt et la suite de cette étude tendra à démontrer que, dans le droit romain même bien postérieur aux XII Tables, l'acte pour cause de mort ne mérite pas le nom de « testament » que les juristes classiques et la plupart des romanistes modernes lui ont donné. L'opération improprement désignée sous ce nom revêt toutes les formes d'un contrat, d'un acte entre vifs, et n'est encore que l'établissement de la vocation successorale. Son évolution a consisté à se dégager progressivement de l'étreinte dans laquelle l'enserrait sa nature primitive d'acte entre

vifs pour s'en différencier complètement. Ce n'est que lentement et peu à peu qu'il s'est dépouillé des solennités qui l'accompagnaient pour revêtir finalement l'autorité d'un acte unilatéral et autonome, par conséquent librement révocable.

L'étude comparative des législations et coutumes de l'antiquité, ou tout au moins de leurs vestiges, démontre qu'aucun peuple n'a connu le testament tel que le décrivent Gaïus et les juristes classiques. Bien plus, on peut affirmer que nombre de peuples ne sont jamais parvenus à s'élever jusqu'à la conception d'une volonté unilatérale translative de droits sur le patrimoine. La succession testamentaire leur est toujours demeurée totalement étrangère. D'autres, tout en restant réfractaires à l'idée d'une transmission de biens *in universum jus* par la seule vertu d'une déclaration de dernière volonté, ont cependant accepté le principe du testament.

Les Romains auraient-ils, eux, compris et pratiqué, à une époque déjà reculée, ce que d'autres peuples n'ont jamais pu concevoir? Cela n'est guère possible. En effet, dans la première phase du développement de la civilisation romaine, le testament n'eût répondu à aucune nécessité, soit parce que l'organisation de la famille primitive reposait sur des bases telles que la transmission du patrimoine n'avait pas sa raison d'être, soit parce que la propriété était collective ou du moins familiale, soit enfin parce que l'état des mœurs était bien trop peu perfectionné pour que le besoin d'un acte destiné à opérer des transferts de propriété pour après la mort se fît sentir, à supposer un seul instant que la propriété individuelle fût existante. Nous l'avons déjà

dit, l'idée de conserver au défunt une énergie juridiquement active et productrice appartient à une organisation sociale bien supérieure à celle qu'on découvre à l'origine des peuples ; elle ne saurait trouver sa place dans des milieux où tout est en commun et où les hommes n'ont pas encore conscience, au point de vue juridique, de leur personnalité. Acte hautement personnel et individuel, le testament est incompatible avec les périodes de communisme, où il apparaîtrait comme une sorte de monstre et où il serait d'ailleurs d'une profonde inutilité. Cette absence du testament dans l'âge de l'enfance des peuples est significative : elle dénonce leur incapacité juridique ou plutôt leur défaut de besoin de constructions juridiques raffinées. Les notions abstraites, les finesses du droit sont étrangères aux peuples qui sortent à peine de l'état de barbarie. Le droit est le miroir dans lequel se reflètent les mœurs. A un droit grossier et rudimentaire ne sauraient correspondre des mœurs souples et affinées.

L'histoire comparative a projeté une clarté nouvelle sur le problème de l'origine non seulement du testament mais aussi de tout le droit de succession. Les recherches historiques opérées par la méthode du droit comparé permettent d'affirmer, par exemple, que rien n'est plus faux que la théorie de Grotius suivant laquelle le droit de succession *ab intestat* serait fondé sur la volonté présumée du défunt et serait théoriquement postérieur à la succession testamentaire. Cette théorie est contredite par l'histoire. Le droit successoral *ab intestat* est bien antérieur au droit dérivé d'un testament ; il est basé sur la communauté de famille ; la succession testamentaire lui est historiquement subsidiaire. Comme le dit fort bien Viollet, le droit successo-

ral *ab intestat* est tout à fait indépendant de la volonté même latente du *de cujus* : il est inhérent à la personne de l'héritier. L'état actuel de la science autorise également à admettre que l'introduction du testament dans la législation romaine n'est pas, comme le soutient la grande majorité des romanistes, le résultat de la promulgation des XII Tables et de la fameuse règle *Uti legassit... ita jus esto*. Antérieurement à cette loi il a bien certainement existé un procédé destiné à assurer à un père de famille privé d'enfants la continuation de son culte sans que ce procédé se confondît avec l'adoption et sans qu'il fut un véritable testament. Nous reviendrons du reste plus longuement sur ce procédé et sur la réforme que, selon nous, la règle *Uti legassit* a introduite. Nous voulons simplement affirmer pour le moment que peu d'actes sont plus le résultat de causes historiques que celui dénommé « testament ». C'est sous l'influence de causes et d'événements qui intéressent particulièrement l'histoire que le testament est parvenu à réunir les conditions qui devaient faire de lui l'acte classique de dernière volonté. C'est donc à l'histoire du droit que nous devons demander de nous éclairer dans l'étude du processus du testament.

Mais le problème des origines de cet acte est intimément lié au droit de succession *ab intestat*, à la famille, à la propriété, et toutes ces matières dérivent elles-mêmes d'une source originelle unique : la religion. C'est pourquoi, dans une étude comme celle-ci, il est nécessaire de dire quelques mots des idées religieuses des peuples aryens dont les Hindous, les Grecs et les Romains sont les descendants, idées qui ont exercé une influence si puissante et si féconde sur la formation du droit qu'on en trouve des survivances encore de nos

jours dans les coutumes et usages de presque toutes les nations.

Les remarquables travaux de Fustel de Coulanges[1], de Sumner-Maine[2], de Jhering[3], ont vivement mis en relief les différences qui existent entre les institutions du passé et les institutions modernes. Ils ont tout particulièrement éclairé d'un jour nouveau l'organisation patriarcale de la famille ainsi que le culte des Ancêtres, c'est-à-dire le culte rendu par les enfants mâles à leur père et aux ancêtres mâles décédés.

« Cette religion si curieuse, dit Sumner-Maine[4], qui se perd dans la nuit des temps, est aujourd'hui professée avec un cérémonial très luxueux par tous les Hindous de l'Inde et par tous les Chinois non musulmans. Elle existait autrefois à Athènes et à Rome : elle a même profondément affecté le droit athénien et le droit romain. Elle fleurit encore chez les Cafres du sud de l'Afrique et l'on en retrouve la trace jusque chez les Indiens du nord de l'Amérique. On n'oserait assigner aucune limite à son ancienne extension dans le monde. Manifestement, c'est une religion qui se rattache à la famille. Elle tient pour démontrée la certitude de la parenté masculine et témoigne de la grande force que la puissance paternelle avait autrefois. »

Ce culte des ancêtres est, en effet, chez les descendants des Aryas, la religion elle-même et, chose curieuse, chez

[1] « Cité antique ». — « Recherches sur quelques problèmes d'histoire ». — « Nouvelles Recherches », etc.

[2] « L'Ancien Droit ». Paris. 1874. — « Etudes sur l'Ancien Droit ». Paris, 1884. — « Etudes sur l'histoire du Droit ». Paris, 1889.

[3] « Indo-Européens avant l'Histoire ». Trad. de O. de Meulenaere. Paris, 1895.

[4] « Etudes sur l'Histoire du Droit ». La famille patriarcale. p. 504.

tous les peuples animés d'une même croyance à l'immortalité de l'âme, on rencontre des traces de l'adoption. Ce trait s'explique aisément lorsqu'on s'est rendu compte de l'importance capitale de la transmission du culte à l'origine du droit successoral et de la nécessité qu'il y avait pour tout père de famille de laisser après lui un successeur mâle, naturel ou adoptif, pour continuer le feu sacré sur l'autel familial.

Pour les peuples aryens, la vie ne cesse pas avec l'existence terrestre. « Les plus anciennes générations, bien avant qu'il y eut des philosophes, dit Fustel de Coulanges, ont cru à une seconde existence après celle-ci. Elles ont envisagé la mort, non pas comme une dissolution de l'être, mais comme un simple changement de vie. » L'âme reste près des hommes et continue à vivre sur la terre. Cette survivance de l'esprit après la mort est une particularité des croyances aryennes. L'âme ne se détache pas complètement du corps, mais elle a cependant une existence isolée : elle vit dans le tombeau où repose le mort. Celui-ci conserve dans l'autre vie ses besoins, ses goûts, ses idées. Virgile [1] prétend que le goût que les hommes avaient de leur vivant pour les chevaux et les chars, ils le conservent après qu'ils ont cessé d'exister. Si le corps n'a pas été enseveli, l'âme n'a pas de repos : elle erre vagabonde et tourmentée jusqu'à ce que les cérémonies aient eu lieu. De là, la nécessité de la sépulture. Pour que l'âme fût fixée dans la demeure souterraine qui lui convenait pour sa seconde vie, il fallait que le corps auquel elle avait appartenu fut recouvert de terre. Les morts s'intéressent directement à l'existence de ceux qu'ils ont laissés après eux, aux membres de la famille.

[1] « Enéide », VI, 652.

La croyance à la continuation d'une existence matérielle dans l'autre vie implique l'obligation d'ensevelir les morts avec leurs armes et avec des aliments ; de là, l'habitude d'apporter des aliments sur les tombes à certains jours de l'année. Le mort auquel rien n'était offert était voué à une faim perpétuelle. Malheur aux vivants qui ne remplissaient pas leurs devoirs envers les morts! Négliger le culte, c'était s'exposer à la colère du défunt ; mais si, au contraire, le repas funèbre était régulièrement servi, si les sacrifices et les prières pour le repos de l'âme du défunt avaient lieu conformément aux usages, le *lar familiaris*, génie protecteur de la famille, répandait ses bienfaits sur celle-ci. Les membres de la famille avaient donc un intérêt très personnel à ce que ces pratiques pieuses fussent observées. Chez les Romains, ce culte offert aux mânes et aux *lares*, ancêtres divinisés de la famille, constituait les *sacra privata* [1]. Il fut même rendu obligatoire lors de la décadence des idées religieuses et l'autorité publique intervint pour contraindre les particuliers à l'observation des *sacra* dont ils étaient chargés. Le culte devint une charge grevant l'hérédité ; il se transmettait avec la succession du *de cujus* suivant des règles précises [2].

Les cérémonies funèbres étaient strictement obligatoires pour les descendants et tout spécialement pour le fils du défunt. A défaut de fils, le soin d'entretenir le culte incombait aux membres de la famille ; un étranger n'était pas admis à y coopérer, c'eût été une impiété. Le

[1] *Jhering.* « Indo-Européens », p. 60 et suiv. Trad. de O. de Meulenaere.

[2] *Cicéron.* « De legibus », II, 19, 20 et 21. — Règlement de Coruncanius.

culte du foyer et celui des ancêtres forment les *sacra* de la famille [1].

On conçoit que sous l'empire de ces croyances, les Anciens dussent éprouver les craintes les plus vives de mourir sans laisser après eux de descendants. Mourir sans enfants était un malheur, aussi, pour écarter cette éventualité, a-t-on utilisé toute espèce de procédés. La tradition rapporte entre autres que, chez les Romains, ceux qui n'avaient pas d'enfants ou d'amis sur l'affection desquels ils pussent compter, formaient des associations particulières qui, moyennant une redevance, se chargeaient de pourvoir à l'ensevelissement de leurs adhérents lors de leur décès [2], *collegia funeraticia* [3].

Mais nous avons vu que la sépulture n'est pas l'unique condition du repos de l'âme ; il faut encore des sacrifices, des offrandes, des libations et des prières. Seul, un fils peut accomplir les cérémonies et les rites. Une maison sans fils, c'est un foyer qui s'éteint ; c'est un culte qui est menacé de disparaître et la perte d'une maison affecte non seulement l'âme de celui qui la dirigeait, mais encore la cité.

Ce rapide exposé des croyances religieuses des Anciens permet de se faire une idée de leur droit de succession. Le mariage fut sans doute la première institution que la religion domestique ait établie. Son but est la procréa-

[1] *Sumner-Maine.* « Ancien Droit », p. 182. — ... « Chez les Hindous, le droit d'hériter des biens d'un homme est exactement aussi étendu que le droit de célébrer les funérailles. »

[2] *E. Jouault.* « De la Transmission des *Sacra privata* ». Paris. 1893.

[3] *Girard.* « Textes ». Paris, 1903, p. 829. — Les « Collegia funeraticia » remontent à une haute antiquité et étaient créés en vue de buts divers. Ils se développèrent surtout sous l'Empire. Voir « Statuts du Collège funéraire de Lanuvium » (an 133 ap. J.-C.).

tion d'un fils. Les lois de Manou considèrent que le premier devoir de l'homme est de se créer un successeur. Chez les Grecs et chez les Romains, ces mêmes idées sur le culte des morts sont à la base de l'organisation de la famille antique. Le père attend de sa postérité la série des repas qui assureront aux mânes le repos et le bonheur. C'est là le principe fondamental du droit domestique. Il en a découlé cette règle que chaque famille doit se perpétuer à jamais; les morts ont besoin que leur descendance ne s'éteigne pas. L'Hindou disait : « L'extinction d'une famille cause la ruine de la religion de cette famille : les ancêtres privés de l'offrande des gâteaux tombent au séjour des malheureux [1] ».

A Athènes, le premier magistrat de la cité était chargé de veiller à ce qu'aucune famille ne vînt à s'éteindre [2], et Plutarque nous apprend qu'à Sparte, la législation de Lycurgue privait de tous ses droits de citoyen celui qui ne se mariait pas. On sait que l'idéal juridique de Cicéron était que la loi interdît le célibat, *caelibes esse prohibento* [3]. C'est que le mariage n'avait pas pour but le plaisir, et ainsi que l'observe Fustel de Coulanges, « l'effet aux yeux de la religion et des lois, était en unissant deux êtres dans le même culte domestique, d'en faire naître un troisième qui fut apte à continuer ce culte [4] ». La famille ne doit pas s'éteindre, tel est le principe. Aulu-Gelle [5] nous en donne une preuve à l'occasion de la rela-

[1] *Sumner-Maine*. Op. cit. « Si l'Hindou se marie, c'est pour avoir des enfants qui puissent célébrer les cérémonies religieuses après sa mort ». — *Fustel de Coulanges*. « Cité antique », p. 44 et 52.

[2] *Isée*. VII, 30-32.

[3] *Cicéron*. « De legib. », III, 3.

[4] Op. cit., p. 56.

[5] « Nuits attiques ». Liv. IV, ch. III.

tion du premier divorce enregistré dans les annales romaines et qui fut celui de Spurius Corvilius Ruga (en 523 U. C.) qui répudia sa femme, bien qu'il la chérissait, parce qu'elle était stérile et qu'il avait perdu tout espoir d'avoir des enfants. Il sacrifia les sentiments et l'amour qu'elle lui inspirait pour rester fidèle à l'engagement qu'il avait contracté *selon la loi*, devant les censeurs, en jurant qu'il se mariait pour avoir des enfants. Ce qui n'empêcha pas, ajoute Denys d'Halicarnasse [1], tout raisonnable qu'était le motif, qu'il ne s'attirât pour le reste de ses jours l'indignation de tout Rome.

Quant à la famille, elle constitue chez les peuples de l'antiquité l'unité sociale. Son gouvernement se concentre dans le père. Les membres de la famille n'ont pas une existence sociale distincte. Le père a sous sa puissance tous ceux qui vivent sous sa loi. « Aux yeux des Anciens, le fait primordial, source de droits et de pouvoir, c'est la collectivité dans laquelle on est né, à laquelle on appartient, qui a préexisté à l'individu et qui lui survivra. L'individu est complètement absorbé par la collectivité [2] ». On ne considère en lui que la famille à laquelle il appartient. Le père exerce seul l'autorité, mais cette autorité n'a qu'un caractère viager; elle s'exerce sur la personne et la propriété des descendants. Les individus naissent et passent; mais la maison, représentée par un chef, reste toujours la même. A la mort de ce chef, il ne s'agissait que de savoir quelle personne serait chargée de la direction temporaire de la maison. Les pères de famille ne se succèdent pas en leur nom personnel, ils se suivent et se remplacent au nom de la lignée. Dans ces milieux, la cellule constitutive de

[1] Liv. II, ch. XXV.

[2] *Greif.* « Testament Romain », p. 15 et 19. Paris. 1889.

l'organisme qu'est l'Etat, c'est la famille et non pas l'individu. Juridiquement, la famille a donc préexisté à l'individu.

Le régime de la propriété correspondant à cet état de choses ne peut être que la communauté familiale des biens. C'est là une des conséquences de l'individualisation de la famille; elle est le type de la société ancienne avec toutes les modifications qu'elle peut subir. Tous les biens possédés par la famille appartiennent par indivis aux membres du groupe. L'ancêtre qui exerce la puissance paternelle, la *patria potestas,* en a l'administration. A sa mort, il n'y a aucune mutation de propriété et les membres restent comme auparavant propriétaires du patrimoine. Sumner-Maine [1] compare la famille de ces temps à une corporation. Or, dans les corporations, la succession est nécessairement universelle parce qu'elles ne meurent pas. « Le décès de leurs membres ne touche pas l'existence collective du corps et n'affecte pas sa position légale ni son avoir ni ses charges. » Historiquement, le droit de succession se rattache donc à la communauté familiale et il est permis de conjecturer avec Viollet [2] « qu'à une certaine période de l'évolution juridique le droit successoral a dû se confondre avec le fait de la cohabitation ou du séjour commun sur le domaine à partager ».

L'importance attachée à l'existence d'une postérité qui perpétue la famille, le culte, les traditions, devait être capitale et la perspective de voir la famille s'anéantir, faute de descendants, devait être redoutée à l'égal d'une calamité. Aussi l'idée de la création artificielle de la parenté a-t-elle dû se présenter tout naturellement à l'es-

[1] « L'Ancien Droit », p. 177.

[2] « Histoire du Droit civil français ». 3e édition. 1905, p. 876.

prit des pères de famille dépourvus d'enfants issus d'eux-mêmes. Sumner-Maine[1], qui a constaté des traces d'adoption chez tous les peuples de la famille aryenne, pense que l'une des premières fictions légales a été celle qui permettait de créer artificiellement des rapports de parenté et il considère qu'il n'en est aucune à laquelle le genre humain doive une plus profonde reconnaissance. « Si, dit-il, elle n'avait jamais existé, je ne vois pas comment un groupe primitif, quelle que fût sa nature, en aurait absorbé un autre ni comment deux groupes auraient pu se réunir si ce n'est par la supériorité absolue d'un côté et la soumission absolue de l'autre. »

Adopter un fils, c'est veiller à la perpétuité de la religion domestique, au salut du foyer, à la continuation des offrandes funèbres, au repos des mânes des ancêtres[2]. Ainsi donc, ce même culte des ancêtres qui, en vue de sa perpétuation, avait créé le mariage et qui avait donné naissance à l'idée de la succession à l'administration et à l'autorité du père de famille bien plus qu'aux biens de la communauté de famille, devait encore fournir une autre ressource à celui qui était privé de descendance en lui permettant d'adopter, c'est-à-dire de faire sien l'enfant d'un autre. Voilà l'origine de l'adoption telle qu'elle apparaît dans l'histoire du droit romain dans une période bien antérieure à la Loi des XII Tables. Denys d'Halicarnasse[3] attribue l'introduction de cette pratique à Romulus, qui « permit à ceux qui n'avaient pas d'enfants de choisir dans les autres familles de leurs curies un garçon et une fille qui devaient rester dans le Ministère sacré, le garçon jusqu'à l'âge de puberté et la fille jus-

[1] Op. cit., p. 123.
[2] *Fustel de Coulanges*. Op. cit., p. 60.
[3] Liv. II, ch. XXII.

qu'à son mariage ». Cette double adoption trouve son explication dans la raison que certains sacrifices ne pouvaient être faits que par des femmes.

Il résulterait de cette déclaration de l'historien grec — de laquelle il convient de ne pas tirer des conclusions trop affirmatives — que l'adoption n'aurait été permise qu'aux personnes privées de postérité, qu'elle poursuivait un but strictement religieux et qu'elle était déjà connue à une époque très reculée. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de penser que l'adoption de ce temps-là se faisait en vue de la mort, *intuitu mortis*. Sans doute, il y a loin de cette opération primitive à l'institution d'héritier, mais elle constitue, comme dans tous les milieux où l'on peut constater son existence, un mode d'établissement factice de la parenté, et, à ce titre, elle apparaît comme un expédient destiné à assurer la continuité du culte de la famille et le prolongement de la personne du défunt par l'intermédiaire d'un tiers transformé en un descendant. Elle appartient donc au type primitif de l'*adoptio in hereditatem* puisqu'elle produit principalement ses effets dans le cercle du droit de famille et qu'elle ne crée qu'accessoirement la vocation successorale comme conséquence d'une transformation du *status familiae* de l'adopté [1].

A l'origine, en effet, la fonction de l'adoption est uniquement la création de la puissance paternelle ; l'adopté prend la place du fils manquant dans la famille de l'adoptant. Mais lorsque le but religieux pour lequel elle avait été créée perdit de son importance, elle devint un moyen d'acquérir la puissance paternelle [2] et d'accorder des

[1] *Lambert*. « La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'Histoire comparative ». Paris, 1901, p. 6.

[2] *Rivier*. « Précis du droit de famille ». Paris, 1891, p. 64, note 1.

droits successoraux à l'adopté. Elle dévia de son but primitif et survécut aux causes qui en avaient provoqué la naissance parce que son maintien permettait de réaliser d'autres aspirations. C'est là un exemple de ce phénomène de déviation et de survivance dont nous parlions plus haut. L'histoire du testament en offre un autre tout aussi convaincant. D'autre part, la propriété, de collective qu'elle était, tendit à devenir purement privée et personnelle; la loi autorisa le père de famille à disposer d'un patrimoine dont il n'avait primitivement que l'administration.

Si ce que nous venons de dire est juste, il s'en suit nécessairement qu'il n'y a pas place pour le testament chez les peuples qui n'en sont encore qu'à cette période de développement d'une institution destinée à produire des effets *post mortem*. Pour s'attendre à rencontrer une institution équivalant à la fonction du testament, il faut préalablement avoir constaté dans le milieu où elle doit agir des modifications profondes dans les régimes de la famille et de la propriété. Or, ces changements dans les principes organiques coïncident avec l'effacement progressif de l'idée religieuse devant l'idée économique et avec la décadence de la propriété collective. A Rome, comme en Grèce, le droit de tester est en opposition non seulement avec l'organisation de la propriété et la constitution de la famille mais aussi et surtout avec les idées religieuses qui étaient le fondement du droit de propriété et du droit de succession. Le patrimoine était héréditaire parce qu'il était intimément lié au culte. On ne pouvait donc songer au testament [1]. La succession légitime était la seule autorisée et l'adoption, tout en

[1] *Beauchet.* « Histoire du Droit privé de la République athénienne ». III, p. 426.

créant des rapports de parenté, n'a eu d'autre but que d'assurer la continuation de la famille et la transmission des biens dont elle était dotée.

Nous croyons avoir suffisamment dit pour quels motifs le testament était inconnu à l'origine des peuples en voie de civilisation : il eût été d'une inutilité absolue. Exprimons le fait de cette inexistence sous une autre forme : il n'était pas encore inventé. — Il nous reste à le démontrer par l'examen des législations ou coutumes les plus anciennes et aussi de celles plus récentes qui ne sont jamais parvenues à un développement complet. Presque dans toutes, nous constaterons que l'adoption joue un rôle prédominant et qu'elle remplit la fonction attribuée de nos jours à l'acte pour cause de mort.

Les lois de Manou ignorent le testament et ne connaissent encore que l'adoption. « Celui à qui la nature n'a pas donné de fils peut en adopter un pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas [1]. » Cette opération n'est donc permise qu'à celui qui n'a pas d'enfants et encore faut-il que tous les procédés autorisés par la loi pour parvenir au but désiré, la procréation d'un descendant, aient été inutilement employés. Le droit hindou permet en effet au mari de remplacer sa femme stérile au bout de huit ans [2]. Il punit sévèrement l'adultère et cependant il ordonne à l'épouse privée d'enfants de cohabiter avec les frères de son mari. Il accorde à la veuve le droit d'adopter si le père a négligé de le faire. L'adopté acquerra alors la situation de fils du défunt mari. Sumner-Maine nous apprend [3] que la place du

[1] « Lois de Manou ». Liv. IX, 10. 168 et 174.

[2] Liv. IX, ch. XXII.

[3] « L'Ancien Droit », p. 184 et 187. — *Dareste*. « Etudes d'histoire du Droit », p. 74.

testament est, dans le droit hindou, remplie par l'adoption. « Il y a toutefois, dit-il, dans le Bengale, des coutumes locales où on trouve quelques traces de la faculté de tester, mais le testament du Bengale, que quelques personnes supposent inventé par les juristes anglo-indiens, est tout au plus un testament rudimentaire. » La famille et la propriété hindoues revêtent un caractère religieux excessivement accusé. Si la famille est sous la dépendance du père, celui-ci n'a cependant d'autre rôle que d'élever et d'entretenir les siens. Il est prêtre de sa famille. L'esprit du droit hindou est nettement hostile à toute disposition par testament. Père et fils ont une égale propriété sur les biens appartenant à la famille. L'aîné prend possession du patrimoine entier et ses frères vivent sous son autorité comme du vivant du père. L'aîné, c'est celui qui a été engendré pour l'accomplissement du devoir [1].

Chez les *Hébreux*, il n'y a pas trace de testament. Le mot existe cependant dans la Bible, mais il n'a pas le sens d'une déclaration de dernière volonté ne devant déployer d'effet qu'après la mort; il signifie alliance. Il est vrai qu'on a voulu voir dans la déclaration de Jacob à son lit de mort un véritable testament avec attribution d'un legs en faveur de Joseph [2]. Cette opinion est évidemment erronée. L'ordre de succession est réglé dans le Livre des Nombres, chap. XXXVI ; il n'y est fait aucune allusion quelconque au testament. Dans le droit mosaïque, le patrimoine n'est pas aliénable et pour valider un transport de propriété, il faut une tradition publique réelle qui ne peut se faire qu'entre vifs et qui, en conséquence, ne peut être considérée comme une dis-

[1] « Lois de Manou », XI, 105 et 107.

[2] « Genèse », ch. XLVIII, 22, cfr. « Ezéchiel », XLVI, 16 à 18. Ce texte vise uniquement la succession intestat.

position testamentaire. D'ailleurs, la famille juive est très différente de la famille grecque ou romaine. Les Hébreux n'admettent pas, à proprement parler, le culte des ancêtres; ils paraissent en revanche attacher une importance assez considérable au nom. On ne doit donc pas s'attendre à rencontrer une institution telle que l'adoption dans le droit hébraïque. Pourtant, elle est mentionnée dans le livre d'Esther. Mardochée avait élevé Esther qui n'avait ni père ni mère et l'avait adoptée [1]. Mais comme le fait observer Dareste, il s'agit là d'un simple fait et non pas d'une institution produisant des conséquences légales. C'est d'ailleurs le seul endroit du droit juif où il soit question d'adoption. La perpétuation du nom, en revanche, a donné naissance à des expédients qui rappellent le droit hindou : la veuve est autorisée, par exemple, à épouser son beau-frère pour donner une postérité à son mari défunt s'il est mort sans enfants [2]. (Lévirat.) Ce n'est que dans le droit thalmudique qu'on trouve les premières traces du testament dont il n'est pas question dans la loi mosaïque.

Il en est de même dans la *loi d'Hammourabi* [3] (vers 2000 avant J.-C.) Pourtant, cette loi connaît et organise l'adoption et la succession légitime. Le texte de l'art. 191 laisse bien voir que l'adoption suppose l'inexistence de descendance chez l'adoptant. La survenance d'enfants

[1] « Esther », ch. II, 7.

[2] « Ruth », IV, 10. — « Deutéronome », XXV, 5. — « Nombres », XXVII et XXXVI. — « Matthieu », XXII, 24.

[3] *V. Scheil.* « La Loi d'Hammourabi. 2e édit. Paris, 1904. Art. 185 à 191. — *Art. 191.* Si un homme qui a pris un petit en adoption et l'a élevé fonde une famille et ensuite a des enfants, et s'il se dispose à renier l'adopté, cet enfant n'ira pas son chemin; le père qui l'a élevé lui donnera un tiers de part d'enfant sur sa fortune mobilière et alors il s'en ira. Des champ, verger et maison, il ne lui donnera rien.

par suite de mariage ne peut effacer en totalité les effets de l'adoption. Si celle-ci ne créait pas une parenté absolue entre l'adoptant et l'adopté, elle attribuait du moins à ce dernier des droits successoraux ; il devenait ainsi l'héritier de l'adoptant et prenait la part qui lui était fixée par la loi, apparemment au même titre que les héritiers naturels.

Dans son étude sur *Le dossier de Bunanitun*, G. de Lapouge [1] déclare que les Assyriens connaissaient le testament et il invoque à l'appui de son dire deux documents : le testament de Sennacherib en faveur de son fils et le testament de Tabnea en faveur de sa femme [2]. Il assure toutefois que le mode habituel de disposition était la donation. Sennacherib est monté sur le trône d'Assyrie vers 705 avant notre ère. Son testament est donc bien postérieur à la loi d'Hammourabi et il est possible qu'à cette époque la civilisation babylonienne ait été suffisamment développée pour que l'acte pour cause de mort ait pu trouver sa place dans la législation. Nous nous demandons toutefois s'il s'agissait bien là d'un véritable testament et non pas plutôt d'une opération entre vifs. Les recherches faites par Victor et Eugène Révillout sur le droit de la Chaldée et le droit égyptien n'ont pas abouti à démontrer l'existence du testament proprement dit [3]. En revanche, il est certain que l'adoption était pratiquée à Babylone et en Egypte et qu'on connaissait, en Egypte tout au moins, des actes de partage et de donations faits par le père et

[1] « Nouvelle revue historique de Droit français ». 1886. « Le Dossier de Bunanitun ». Etude de Droit babylonien, par *G. de Lapouge*.

[2] Nous n'avons pu nous procurer ces deux testaments.

[3] *Eugène Révillout*. « Les Obligations en Droit égyption ». — « Appendice sur le Droit de la Chaldée ». Paris, 1886. p. 352 et 357.

par le fils aîné. « L'un et l'autre sont magistrats de la famille et peuvent donner, dit Eug. Révillout dans son cours de Droit égyptien [1]; tandis que les cadets ne font qu'abandonner à leurs frères, y compris l'aîné, les parts qui leur reviennent individuellement. Mais l'autorité du père semble s'étendre aux biens et aux personnes, tandis que celle de l'aîné ne s'étend qu'aux biens. »

De pratique constante est également l'adoption chez les *anciens Perses ;* elle s'accomplissait dans la forme d'une cérémonie militaire, par la tradition des armes, au dire de Procope [2]. Ce n'est qu'à une époque postérieure à notre ère qu'il est question du testament dans la coutume.

La *loi de Gortyne* qui paraît dater du VIme siècle avant J.-C. ne dit traître mot du testament. Par contre, l'adoption y est organisée en détail [3]. Son caractère non strictement religieux dénote déjà une évolution juridique dans le sens de la laïcisation du droit. L'adopté devra acquitter les obligations de l'adoptant envers les dieux et envers les hommes, mais il recueillera les biens de l'adoptant. L'adoption crée donc des effets patrimoniaux. En concurrence avec des enfants mâles l'adopté prendra une part égale à celles que prennent des sœurs en concours avec des frères, mais il n'est plus tenu des obligations, *religieuses et autres*, de l'adoptant. Ainsi, l'adopté n'apparaît pas comme un héritier nécessaire ; néanmoins l'acte d'adoption lui confère une vocation successorale. L'adoption de la loi de Gortyne se fait unique-

[1] « Cours de Droit égyptien », par *Eug. Révillout*. Ecole du Louvre. Paris. 1884, p. 185.

[2] *Dareste*. Op. cit., p. 110.

[3] « Nouvelle Revue historique de Droit français ». 1886, p. 241. — « La Loi de Gortyne ». Traduct. de R. Dareste.

ment entre vifs, elle a lieu dans l'agora en présence des citoyens assemblés. Sa fonction comporte la présomption que l'adopté procurera une descendance à l'adoptant, sinon les biens reviendraient aux ayants-droit de l'adoptant. Il y a lieu de mentionner enfin cette particularité que l'adoptant peut rétracter l'adoption moyennant remise d'une somme à l'adopté congédié à titre d'indemnité. La rétractation se fait dans les mêmes formes que l'adoption.

Les premières législations de la Grèce, c'est-à-dire la législation d'Athènes avant Solon et celle de Sparte avant Epitadeus, ne connaissent pas le testament. Cela tient non seulement au régime de la propriété qui était familiale, mais aussi aux nécessités de la religion. Les enfants n'étaient point, à proprement parler, les héritiers de leur père, car du vivant de ce dernier, ils étaient déjà réputés co-propriétaires du bien familial [1].

La famille était alors considérée comme une corporation, et les corporations ne mourant pas, la mort de son chef n'emportait point ouverture de la succession ; il y avait simplement lieu de remplacer, dans la gestion du patrimoine, le chef qui venait de disparaître. Il y avait donc indisponibilité absolue des biens de la famille dans le main du père et Isée [2] précise cette situation de fait lorsqu'il dit que le testament du père en faveur de ses enfants est *inutile* puisqu'il ne peut donner que les biens qui leur appartiennent déjà. Or, le culte, nous l'avons vu, était partie intégrante du patrimoine.

A Athènes, l'adoption se faisait entre vifs par déclara-

[1] *Beauchet.* « Droit privé de la République athénienne ». T. III, p. 423 et 426. — *Fustel de Coulanges.* « Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire », p. 31 et 135.

[2] VII, 30, 32.

tion à la phratrie et inscription sur le registre de la phratrie ou du dème[1]. La formalité de l'adoption revêt un caractère nettement religieux : l'enfant doit être initié au culte dont il sera le continuateur ; il doit être introduit dans la religion domestique de l'adoptant. Mais à la différence de l'adoption romaine, l'adoption athénienne n'a pas pour but d'établir la puissance paternelle de l'adoptant sur l'adopté ; elle crée néanmoins une filiation.

Le lien étroit qui existe, dans le droit attique, entre l'adoption et le testament démontre mieux peut-être que dans aucune autre législation la véritable origine de cette dernière institution. Tester est synonyme d'adopter[2]. C'est grâce à l'abandon progressif des idées religieuses qu'on a admis à Athènes la possibilité d'un acte de dernière volonté n'impliquant aucune idée d'adoption et ayant uniquement pour objet d'assurer la transmission de tout ou partie des biens du testateur à des personnes de son choix.

Mais pour parer à la perte d'un culte et d'un foyer, faute de descendance, les Grecs n'ont pas utilisé, à l'origine, que le moyen de l'adoption. Ils ont connu l'épiclèrat, institution qu'on rencontre déjà dans le droit hindou et qu'on retrouve chez beaucoup de peuples orientaux. La fille d'un citoyen mort sans fils doit, à Athènes, épouser le plus proche parent paternel du défunt. L'enfant mâle qui naîtra de cette union n'appartiendra pas au mari de la fille épiclère, mais sera considéré comme le fils de l'aïeul paternel dont il deviendra l'héritier ; c'est à lui qu'incombera le soin et le devoir d'accomplir

[1] « Sur les formes de l'adoption grecque », *V^r Beauchet*, op. cit., II, p. 9 et suiv. — *Schulin.* « Griechische Testament », p. 17.

[2] διατίθεσθαι et ἔίσποιεῖσθαι. Adoption : εἰσποιήσις, θέσις.

les rites funèbres et de continuer le culte. L'épiclèrat créait une parenté naturelle et directe ; l'adoption établit un rapport de parenté agnatique. Une telle institution était incompatible avec l'organisation purement agnatique de la famille romaine.

Ainsi, on le voit, dans les cités grecques l'idée d'adoption est étroitement liée à celle de succession. L'adoption a été le fondement d'abord de la succession légitime, puis de la succession testamentaire et il est probable que l'institution connue sous le nom d'adoption testamentaire a servi de moyen de transition entre l'adoption entre vifs pure et simple et le testament. En tout cas l'adoption testamentaire est apparue postérieurement à l'adoption, car la loi de Gortyne, qui remonte à une époque relativement récente, n'en parle pas encore, tandis qu'elle règle minutieusement l'adoption.

Dans d'autres milieux primitifs où il a été possible de reconstituer la vie juridique, chez les Slaves et chez les populations germaniques, on constate partout l'absence du testament. La communauté de famille existe chez les anciens Tchèques. L'ordre de succession est celui qui dérive de cette institution. L'enfant ne peut succéder *ab intestat* qu'autant qu'il est commun en biens. Si haut qu'on remonte dans l'histoire des Polonais, des Russes, des Slaves méridionaux, Croates, Serbes, Dalmates, etc. on découvre toujours un moment où des hommes d'origine étrangère ont été admis dans la communauté primitive en vue d'en assurer la perpétuité [1]. Même constatation dans le nord : l'Islande n'a pas connu le testament. Dans l'ancien droit norwégien, toute personne qui

[1] Le pacte de fraternité paraît avoir été en usage chez les Ossètes à côté de l'adoption destinée à créer la parenté fictive, mais le Testament est totalement inconnu. *Dareste*, op. cit., p. 145.

n'avait pas d'héritier au degré successible pouvait disposer de sa succession par donation entre-vifs. Dans l'ancien droit danois la succession se confond avec la communauté. Au décès du chef, la société se dissout et chacun prend sa part.

Mais c'est surtout dans le droit salique et dans le droit lombard que l'on rencontre les institutions les plus caractéristiques au point de vue de l'utilisation de procédés entre vifs pour remplacer le testament inconnu. L'antique *Nullum testamentum* de Tacite [1], qui peut s'appliquer à presque tous les peuples germaniques, semble prouver que l'acte pour cause de mort classique était, à l'origine, étranger aux institutions des habitants du nord de l'Europe. Les successions suivaient le sang. « Les Germains, dit Laferrière [2], ne connaissaient pas cette puissance que l'homme tient tout à la fois de sa nature spirituelle et de la société pour disposer de sa chose au moment suprême où il est forcé de l'abandonner. » Le chef de famille qui aliénait la terre par vente, échange ou donation ne pouvait mettre son acquéreur à l'abri des contestations futures qu'en obtenant préalablement le consentement de ses enfants et, à leur défaut, de ses parents les plus proches. Dans le groupe des lois germaniques parmi lesquelles on constate exceptionnellement l'existence du testament, cet acte y revêt les formes du droit romain de la dernière période avant les Invasions ; il est donc visiblement d'importation romaine [3]. Il n'y a aucune allusion quelconque au testament dans les Leges, dans la loi salique et ripuaire, ni

[1] « Germanie ». 20.

[2] « Histoire du Droit civil ». III.

[3] « Loi Gombette ». XLIII, § 3. — « Lex Rom. Burg ». XLV, § 1. — « Lex Bajuwariorum ». XV, 10, § 3.

dans les lois des Alamans, des Saxons, des Thuringiens, ni dans les édits lombards. A la vérité le mot *testamentum* figure dans la loi ripuaire, mais il n'a encore que le sens de témoignage écrit, de preuve littérale. *Testamentum* est synonyme de *instrumentum* ou de *testimonium* [1]. Il signifie charte, *carta* ou *testamentum venditionis seu traditionis*, acte de vente ou de tradition. Il est évident qu'il n'a, dans la loi ripuaire, pas le sens de testament.

Mais si les Francs saliens et ripuaires, comme aussi les Lombards, n'ont pas compris la possibilité de transmettre le patrimoine, en l'absence d'enfants ou de successibles, en vertu d'un acte unilatéral de dernière volonté, suivant en cela le principe traditionnel du droit germanique, ils ont cependant connu une disposition entre vifs qui consistait en une donation solennelle, compliquée d'une adoption. Ces institutions dont l'origine et le fonctionnement donnent encore lieu à de nombreuses controverses sont l'*affatomie* en droit salique et ripuaire et le *thinx* en droit lombard. Elles constituent des modes de création de la vocation successorale et déploient des effets *a die praesenti*. Elles ont manifestement préparé l'admission du testament et à ce titre elles appartiennent au type de l'*adoptio in hereditatem*,

[1] *Peyré*. « Lois des Francs ». Loi Ripuaire LXI, § 1. Si quis alteri aliquid vendiderit, et emptor *testamentum venditionis* accipere, voluerit... — LXII, § 1. Si quis villam, aut vineam, aut quamlibet possessiunculam, ab alio comparaverit, et *testimonium* (*testamentum*) accipere non potuerit... — § 4. Si autem infra testamentum regis aliquid invaserit, aut cum sex juret quod infra terminationem *testamenti* nihil invasisset... — § 7. Quod si *testamentum* regis, absque contrario *testamento*, falsum clamaverit non aliunde nisi de vita componat. — § 8. Quod si duo *testamenta* regum de una re extiterint, semper prior duplicem sortiatur portionem. — LXIX, § 1. Si quis moriens debitor, aut *testamenta venditionis seu traditionis* aliqua fecerit.

comme l'adoption romaine et grecque. Elles sont cependant sans influence sur le *status familiae* de l'adopté. Nous reviendrons également sur ces actes que nous comparerons aux premiers « testaments » romains pour en démontrer la communauté de fonctionnement et de structure juridique. Economiquement, ce sont des actes pour cause de mort et juridiquement des actes entre vifs.

Les Gaulois avant la conquête de César ne connaissaient pas plus le testament que les Germains ; la succession légitime était seule en usage dans les Gaules. Le silence de César [1] sur le testament est significatif et il est inutile, à notre avis, de chercher à démontrer cette inexistence au moyen de la célèbre phrase de Symmaque : *Gignuntur, non scribuntur heredes* [2]. Le droit d'hérédité réglé par les Druides était le même dans la Gaule que dans la Germanie.

« Les Gaulois, dit M. Boissonade, ont ignoré le testament avant la conquête romaine, et les Germains ne l'ont adopté que tardivement, sous l'influence des usages Gallo-Romains et surtout de l'Eglise. La co-propriété de la famille, chez les Gaulois et chez les Germains, si longtemps exclusive du testament même en resta toujours le modérateur ». Qu'on n'oublie pas d'ailleurs qu'au contact des Romains, les populations germaniques ont compris tout l'avantage qu'on pouvait tirer du testament, mais que s'ils l'ont employé c'est en l'altérant profondément. Le testament emprunté aux Romains s'est décomposé et cette décomposition s'est manifestée

[1] « De bello Gallico ». VI, 13.

[2] *E. Garsonnet*. « Histoire des locations perpétuelles ». Paris, 1879, p. 35. — *H. Auffroy*. « Evolution du testament en France ». Paris, 1899, p. 15 et suiv.

d'une part par une simplification de plus en plus accentuée des formes et d'autre part par la disparition de cet élément fondamental du testament romain : l'institution d'héritier. Insensiblement, les dispositions à cause de mort sont devenues des dispositions entre vifs, si bien que vers le milieu du VIIIme siècle le testament a cessé d'exister dans les pays germaniques. Sa fonction y est remplacée par des actes destinés à réaliser le don *pro anima* puis le legs *ad pias causas,* l'aumône, elemosyna, actes produisant des effets immédiats par le moyen d'une tradition des biens légués à des intermédiaires de transmission qui devront les faire parvenir au destinataire définitif. Ces actes de transmission qui comportent en réalité une double tradition — du disposant à l'intermédiaire et de celui-ci au gratifié — sont de véritables contrats successoraux. De là à retarder jusqu'au jour de la mort les effets de la dépossession, il n'y a plus qu'un pas. C'est alors qu'on voit apparaître les donations *post obitum, reservato usufructu* ou *reservata precaria* et l'usage des Salmannen qui ont été les précurseurs des exécuteurs testamentaires. Ceux-ci ont sur les biens qui leur sont confiés un droit, une potestas, qui leur donne la possibilité d'exécuter leur mission. En effet, les paroles du disposant n'ont aucune valeur en elles-mêmes. La libéralité que ce dernier entend faire reste un projet ; elle ne recevra force que si l'exécuteur en effectue la tradition au gratifié ; mais pour qu'il puisse opérer cette tradition il doit avoir la saisine sur les biens à transférer. L'exécuteur testamentaire deviendra finalement l'héritier lui-même, c'est-à-dire un véritable liquidateur de la succession. En Allemagne, comme en France, c'est cette saisine qui a rendu possible la résurrection des dispositions à cause de mort unilatérales.

Tout cela démontre à l'évidence le caractère d'acte bilatéral qu'a eu le testament dans le droit germanique : c'est un acte conclu entre le disposant et les exécuteurs, un acte entre vifs c'est-à-dire contractuel et produisant des effets définitifs.

Enfin, qu'il nous suffise de dire que dans le droit anglo-saxon ancien, qui est resté réfractaire à l'influence du droit romain, le testament n'existait pas. L'acte à cause de mort anglais a suivi à peu près la même évolution que le testament continental. C'est l'exécution testamentaire qui lui a frayé les voies et qui en a permis le développement [1].

On voit par tous ces renseignements qu'aucun peuple n'a, à l'origine de son régime successoral, possédé le testament tel qu'il apparaît plus tard. Chez tous, en revanche, nous observons la préoccupation constante des chefs de maison de laisser après eux un successeur, naturel ou légal. Serait-il possible que, seuls de toute l'humanité antique, les Romains eussent, dès l'époque la plus reculée, connu cet acte qui émane de la volonté exclusive de l'homme, volonté qui doit rester : *ambulatoria usque ad vitae supremum exitum* ? Evidemment non. Nulle part l'on n'est parvenu du premier coup à cette notion subtile et raffinée du testament. Nous sa-

[1] *Lambert.* « Tradition romaine », p. 11 et 75. — *Caillemer.* « Origine et développement de l'exécution testamentaire », p. 95, 379, 555.

Signalons encore l'absence de testament dans l'une des civilisations les plus anciennes, celle de la Chine, où la propriété privée ne semble avoir fait son apparition qu'au début de notre ère. Le régime successoral paraît avoir été celui du partage, excluant ainsi toute espèce de disposition du père de famille.

En Chine et au Japon, on retrouve des traces d'une institution analogue à l'épiclèrat.

vons que l'adoption a existé à Rome et qu'elle y a été réglementée avec un soin particulier. Mais si ancienne que soit l'adoption romaine, il a dû exister un moment où cette institution n'était pas connue. Le mariage a sans doute été, comme dans d'autres milieux, et pendant longtemps, le seul procédé destiné à perpétuer la famille et à transmettre le culte, c'est-à-dire le patrimoine. L'adoption a été le second moyen employé par les Romains pour repeupler une maison vide d'enfants. Son apparition paraît avoir correspondu à une phase déjà plus avancée du développement des institutions. Comme le mariage, l'adoption est entourée de formes solennelles. Un tel acte intéresse en effet à un haut degré la religion de deux familles et il est probable que l'autorité religieuse intervenait à l'effet d'examiner dans chaque cas particulier les motifs qui déterminaient cette mutation dans les cultes. Adopter c'est en effet *in sacra transire. adciscere,* et par conséquent abandonner irrévocablement un autre culte.

Il importait donc d'éviter la perte d'un foyer sous prétexte d'en sauver un autre du même péril. Mais on sait par les protestations de Cicéron [1] que l'adoption a perdu son caractère religieux et sacré pour devenir, au mépris des lois et du droit pontifical, un moyen de satisfaire des intérêts matériels et politiques ; qu'on n'observait plus les conditions exigées autrefois par la loi ; que le motif de l'adoption, qui devait être déclaré publiquement, était souvent absent et qu'alors qu'elle était présumée imiter la nature, on pouvait voir des cas ou un jeune homme adoptait un vieillard ! Cette déviation du but primitif de l'adoption est une conséquence de l'inob-

[1] « Pro domo », p. 13 et 14.

servation et de la décadence des *sacra*. L'adoption ne tend plus à attribuer à l'adopté l'obligation de perpétuer le culte mais bien plutôt à établir des droits successoraux en faveur de ce dernier.

Mais à côté de l'adoption, le procédé habituel des Romains pour se créer des successeurs artificiels a été l'institution d'héritier en vertu d'un acte que les juristes classiques appellent *testament* et qui devait réaliser des effets différents de ceux de l'adoption. Quelle était la nature primitive de cet acte qui n'était plus une adoption proprement dite et qui est venu se placer à côté du procédé destiné à l'origine à empêcher la disparition d'un culte ou l'anéantissement d'un foyer ? Est-ce vraiment un testament ?

Nous l'avons cru sur la foi d'écrivains et de juristes qui, il faut bien le reconnaître, ne pouvaient être renseignés avec exactitude puisque les plus anciens ont vécu à des époques de beaucoup postérieures à la date généralement assignée à la promulgation des XII Tables. Les institutions des temps légendaires de la Royauté et de l'époque quasi-historique du début de la République devaient leur apparaître sous une teinte déjà considérablement décolorée. Nous l'avons cru aussi sur la foi des romanistes modernes qui constamment se servent, à l'exemple des juristes classiques, du terme de *testament* pour désigner les actes du très ancien droit romain décrits par Gaïus [1] et par les Instituts de Justinien [2]. Ce qui est d'ailleurs de nature à fortifier cette opinion c'est la présence de la fameuse règle *Uti legassit...* dans la Table V, des reconstitutions, il est vrai hypothétiques et conjec-

[1] « Commentaire ». II, §§ 101 et 102.

[2] « Instituts ». II, 10 et suiv.

turales, de la loi des XII Tables et les explications du genre de celles de Pomponius [1] : *Verbis legis duodecim tabularum his uti legassit suae rei, ita esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi et tutelas quoque constituendi.*

Mais le doute surgit lorsqu'on analyse le cérémonial qui a entouré l'acte dit testamentaire du vieux droit, et en comparant son passé, son fonctionnement et sa structure juridique à ceux de l'opération destinée à réaliser les mêmes effets dans d'autres milieux, on en vient à se demander si le mot de testament n'aurait pas été donné comme étiquette à une institution qui n'a qu'une parenté lointaine avec l'acte désigné sous ce nom par les juristes d'une autre époque.

L'étude du droit comparatif démontre que dans toutes les législations les trois seules sources dans lesquelles l'héritier puise son droit héréditaire sont : *la loi* qui consacre la succession légitime, *le contrat successoral*, *le testament*. Dans l'ordre d'apparition historique des procédés destinés à conférer son titre à l'héritier, le testament n'est survenu qu'en dernier lieu et il est certain que Lambert est dans le vrai lorsque, dans sa remarquable étude sur la « Succession des formes du testament romain, » il déclare que « la similitude du but final poursuivi par le mode de disposition universelle des XII Tables et par le testament de leur temps a fait oublier aux prudents de l'époque classique la diversité des procédés utilisés pour atteindre ce but commun. Ils érigent, dit-il, en type primitif de testament une institution archaïque qui, à Rome, comme partout ailleurs, a précédé historiquement le testament et lui a frayé les

[1] D. 50, 16, 120.

voies, à savoir, le contrat successoral, ou, pour employer une expression moins précise et plus compréhensive, l'établissement entre vifs de la vocation successorale ». Non, le testament n'a pas existé à l'origine de Rome et la forme perfectionnée à laquelle il est arrivé, sans doute seulement vers la fin de la République, est le résultat d'une lente évolution et d'un long travail de préparation.

Nous savons, en effet, que l'autorité pontificale a dû intervenir dans la confection des plus anciens actes que la tradition qualifie *testaments* et qu'elle a dû leur donner son approbation. Par cela seul déjà que l'opération nécessitait l'intervention d'une volonté étrangère, il y a de graves raisons de penser que la seule volonté du disposant était impuissante à réaliser les effets désirés et qu'elle n'était pas libre de se manifester où et quand il lui convenait.

Le but du testament romain, si haut qu'on remonte dans son histoire, a toujours été de créer un successeur à qui était dévolue l'universalité du patrimoine, à l'origine, pour empêcher la disparition d'un foyer, comme l'adoption ; mais il est certain que ce but n'a pas été atteint par un procédé dont la technique est restée perpétuellement la même. L'évolution de ce procédé a sans doute suivi la même marche que partout ailleurs, mais elle a évidemment été activée à Rome par l'aptitude spéciale aux Romains à résoudre pratiquement les questions d'ordre juridique et à adapter leurs institutions à tous les besoins de la vie juridique en leur faisant produire le maximum d'utilité. L'organisation purement agnatique de la famille, tout au moins avant le droit prétorien, et la toute-puissance du chef de famille ont contribué également à favoriser cette évolution dans le sens

d'un acte autonome dans lequel la volonté exprimée reste réellement *ambulatoria usque ad vitæ supremum exitum*.

Mais nous devons ajouter que le mot même de testament, *testamentum*, est d'une origine relativement récente. « La langue d'un peuple, dit Jhering [1], contient l'inventaire de tout ce qu'il se croit propre, l'existence du mot affirme l'existence de la chose ; l'absence du mot équivaut à l'absence de la chose ; la langue est l'image fidèle de la réalité. » Cela est juste moyennant qu'on s'entende sur la portée du mot qui désigne la chose. Le mot *testamentum* ne figure nulle part dans les *leges* avec la signification d'acte testamentaire. Il existe, visiblement emprunté au droit romain, dans la terminologie de la loi ripuaire, rédigée postérieurement aux autres, mais son sens est tout autre, bien que la notion du testament ne dut pas être inconnue des Francs. Cet emprunt s'explique aisément. La conquête des Barbares avait mis en présence deux civilisations fort différentes de niveau et établi un contact continuel entre deux droits profondément divergents. Il devait en résulter une infiltration réciproque, soit par la raison que les nations les moins civilisées adoptent volontiers les usages plus avancés du vaincu, soit par celle que l'idée de domination impose au vaincu la loi du vainqueur. La distinction entre la territorialité et la personnalité des lois se faisait jour et, bien que les lois germaniques soient restées réfractaires à l'admission du testament romain, beaucoup de Francs saliens et de Francs ripuaires faisaient des dispositions de dernière volonté en la forme romaine [2], tandis que des individus soumis

[1] « Indo-Européens avant l'Histoire ». Trad. de Meulenaere, p. 2.

[2] *Auffroy*. Op. cit., p. 225.

aux lois romaines transmettaient leur patrimoine selon le mode franc. Ces phénomènes d'infiltration ne sont guère perceptibles à l'origine du droit romain et l'on ne voit d'ailleurs pas trop d'où les anciens habitants du Latium auraient pu extraire le nom et la notion du testament si ce n'est peut-être des usages des Grecs, ce qui est loin d'être démontré. Le droit romain antique n'a laissé à la postérité, à part les XII Tables, aucun monument législatif qui puisse démontrer l'existence d'une institution déjà appelée « testament ». Nous ne possédons pas non plus, comme pour le droit germanique, des documents de pratique qui puissent éclairer cette question du nom. Sans doute, *testamentum* figure dans les restitutions aux XII Tables (Table V, 6) [1] ; mais il s'agit là d'un texte tiré de Gaïus (I, 155) et qui, par conséquent, ne saurait présenter aucune certitude. Et si même il était bien démontré que le mot existât dans la loi, il ne serait guère possible d'en tirer argument en faveur de l'existence de l'institution puisqu'on nie aujourd'hui l'authenticité des XII Tables ou qu'on tend à leur attribuer une date beaucoup plus récente [2].

D'un autre côté, pour établir l'antiquité du testament, on s'appuie sur le mot *intestato* contenu dans la même Table V, à propos de la succession légitime : *si intestato moritur, cui suus heres nec escit...* etc., qu'on traduit si quelqu'un meurt sans avoir fait son testament, etc. On conclut de cette forme négative, *intes-*

[1] *Girard.* « Textes ». 3e édit. Paris. 1903, p. 14.

[2] Sur ce Problème, voir *Lambert.* « Origine des XII Tables ». Paris, 1902. « L'Authenticité des XII Tables » et « Les Annales Maximi ». Paris, 1902. — *Girard.* « L'Histoire des XII Tables. Paris, 1902. — *Appleton.* « Le Testament romain et l'Authenticité des XII Tables «. Paris, 1903. — *Erman.* « Sav. Zeitsch. ». 1902. « Sind die XII Tafeln æcht ? ».

tatus. à la forme positive, *testatus*, dans le sens de celui qui a fait un testament[1]. Il y aurait, dit-on, d'autant plus de raison de croire qu'il s'agit bien là d'une allusion au testament que le texte de cette Table autoriserait, selon l'opinion communément admise, le père de famille à disposer de ses biens dans la plus large mesure possible (*latissima potestas de Pomponius*) et que la succession légitime ne serait réglée que pour le cas d'absence de testament. — Que le *pater familias* aït joui, en vertu de la loi, d'un droit de disposition plus ou moins étendu, cela est possible, mais non pas certain : nous reviendrons ailleurs sur la question de savoir quelle a été la réforme introduite par la législation décemvirale. Que, d'autre part, il ait existé antérieurement aux XII Tables un mode d'utilisation de ce droit de disposer, mode déjà distinct de l'adoption, c'est également probable[2]. Mais que, quelle que soit la date exacte du Code décemviral, l'acte visé par la règle *Uti legassit...* ait revêtu le caractère d'un véritable testament, c'est-à-dire d'un acte unilatéral ne déployant d'effets qu'à la mort du *de cujus*, en un mot, un simple projet révocable au gré du disposant, voilà qui est pour le moins douteux[3].

Il y a d'ailleurs de bonnes raisons de croire que la reconstitution du texte de la Table V est incomplète : les nombreuses versions données à la règle *Uti legassit...* par Gaïus, les Instituts, Pomponius, Cicéron, Ulpien et Paul démontrent bien que le texte définitif

[1] Voir D. XXVIII, 1, 18 et 26.

[2] *Girard*. « Manuel ». Edit. 1896, p. 767 et note 2. — *Voigt*. « XII Tafeln.

[3] *Accarias*. « Précis ». 1879, p. 798, note 1. — *Appleton*. Op. cit., p. 65, note 2.

n'est pas fixé; les romanistes modernes sont loin d'être d'accord, non seulement sur l'étendue du droit que la règle était destinée à consacrer, mais encore sur le mode de réalisation de ce droit. Pour nous, ce mode n'est pas encore le testament. — L'équivalent de *testamentum* dans le langage juridique ancien est *testimonium*. Ce mot dénonce l'usage constant des Romains de faire participer à la plupart de leurs opérations un plus ou moins grand nombre de personnes en qualité de témoins, soit *ad probationem*, soit *ad solennitatem*. Il éveille l'idée de contrat [1].

Sur la base des enseignements de l'histoire comparative, nous croyons pouvoir affirmer que les actes faits *in calatis comitiis, in procinctu*, ainsi que celui réalisé par la *mancipatio familiae* première manière du testament *per aes et libram*, ne constituent pas des testaments et que l'acte pour cause de mort véritable n'est apparu qu'après la transformation de ce dernier procédé, testament *per aes et libram* seconde manière, c'est-à-dire à partir du moment où le rôle de *l'emptor familiae* fut réduit à celui d'un simple comparse dépouillé de tout droit sur les biens de la succession et où la *mancipatio familiae* ne fut plus usitée que pour la forme, *dicis gratia*, en imitation de l'ancien droit, *propter veteris juris imitationem* [2]. En effet, une simple déclaration, même solennelle, n'eût jamais pu produire d'effets sans des actes matériels entourés de solennités. Ainsi donc, entre l'indisponibilité absolue résultant de la communauté primitive et le concept classique du testament viennent

[1] *Gaïus*. II, 104. Le formulaire dans lequel figure ce mot remonte manifestement à l'acte Calatis comitiis.

[2] *Gaïus*. II, 103.

s'échelonner une série de procédés entre vifs produisant, dès avant la mort du disposant, des effets immédiats et définitifs. Ces procédés ont eu pour but d'investir le gratifié d'un droit de co-propriété comparable à celui de la famille, c'est-à-dire de créer en sa faveur la vocation héréditaire [1]. En d'autres termes, le résultat pratique auquel aboutissaient ces opérations était de conférer au gratifié l'aptitude à succéder. L'évolution du testament a consisté à se différencier de l'acte entre vifs et à se dégager de l'étreinte dans laquelle l'enserraient le cérémonial et les solennités nécessaires à la validité du contrat successoral par le moyen duquel le disposant désirait apporter une dérogation à l'ordre de succession fixé par la loi. Une telle dérogation nécessitait l'intervention de l'autorité publique.

[1] *Lambert*. Op. cit., p. 6.

CHAPITRE II

L'acte Calatis Comitiis

Nous avons vu que le culte des ancêtres et le souci chez le père de famille de la continuation des *sacra* avaient rendu l'adoption nécessaire pour le cas d'absence de descendants, seul cas où à l'origine elle fut autorisée. Son but est moins d'opérer une dévolution de biens que de faire entrer un étranger dans la famille afin d'assurer l'accomplissement des sacrifices et la perpétuation du feu sacré. Mais le propre de l'adoption ou de l'adrogation est de créer des liens de parenté entre l'adoptant et l'adopté. Pour obtenir ce résultat, qui aboutit essentiellement à l'extension de la *patria potestas* sur l'adopté, une série d'opérations revêtant des formes solennelles sont indispensables. L'adopté doit en effet renoncer définitivement et irrévocablemeut à son propre culte et, par conséquent, à tous ses droits dans sa famille naturelle. Nous laissons de côté les formes de l'adoption, *stricto sensu*, pour ne nous attacher qu'à

l'examen de celles de l'adrogation, simple variété de la première[1].

L'adrogation est une institution purement religieuse. Les conditions de sa validité sont : la présentation d'un projet d'adrogation aux Pontifes et une loi *curiate*. Elle revêt donc tous les caractères d'un acte contractuel auquel interviennent d'une part, l'adrogeant et le futur adrogé, et d'autre part, le collège des Pontifes et le peuple assemblé par Curies. Cette participation des autorités publiques et religieuses démontre la gravité d'une pareille opération. L'adrogé doit en effet abandonner le culte de ses propres ancêtres, pour pouvoir entrer dans celui de l'adrogeant. On conçoit dès lors toute l'importance qu'attachaient les anciens Romains à ce que l'extinction d'un culte, acte intéressant non seulement les *sacra* de deux familles mais encore le peuple tout entier, fut accompagnée de cérémonies et de solennités. Il faudra préalablement procéder à une *detestatio sacrorum*, à une *abdicatio*, qui aura pour but et pour effet de rompre les liens qui unissent l'adrogé aux *sacra* de sa famille. Ce dernier devra ensuite être introduit dans sa nouvelle famille et être initié au culte qu'il célébrera exclusivement désormais. Il devra *in sacra transire, adciscere*.

L'adrogation comme l'adoption imitant la nature, l'adoptant devait nécessairement être de beaucoup plus âgé[2] que l'adopté qui devait avoir atteint la puberté, et dès l'instant où les *Comitia calata* étaient appelés à donner leur approbation au projet qui leur était soumis, l'opé-

[1] *Bouché-Leclercq*. « Institutions romaines », p. 386. — *Girard*. « Manuel », p. 162. — *Cuq*. « Institutions », p. 240. — *Accarias*. « Précis », p. 233, § 103. — *Schulin*. « Lehrbuch », p. 242. — *Sohm*. « Institutionen », p. 373. — *Kuntze*. « Cursus », § 751 et seq.

[2] L'adrogation n'était permise qu'à soixante ans.

ration ne pouvait avoir lieu qu'à Rome[1]. Aulu Gelle nous apprend que l'adrogation ne se faisait pas à la légère et qu'elle était entourée de mesures de précaution[2]. Les comices s'assemblent sur décision des Pontifes[3]. On examine si celui qui demande à adroger n'est plus en état d'avoir des enfants, si sa requête n'est pas un piège pour s'approprier les biens de celui qu'il entend prendre pour fils, et on lui fait prêter serment. Il paraît certain qu'anciennement les choses ont dû se passer comme l'auteur les décrit. Cicéron donne les mêmes renseignements[4]. « Quelle est, Pontifes, dit-il, la condition exigée pour adopter ? C'est que l'adoptant ne puisse avoir d'enfant, et qu'il ait cherché à en avoir quand il le pouvait. »

Les Pontifes devaient s'enquérir du motif de l'adoption, examiner la condition, le rang, les *sacra* des familles de l'adoptant et de l'adopté. Il y avait donc une enquête préalable et, avant de pouvoir être soumis à la délibération et au vote du peuple, le projet devait avoir obtenu l'approbation du Collège des Pontifes. Aulu Gelle, nous a conservé la formule de l'adrogation. Une « *rogatio* » devait être adressée au peuple.

Du temps de Gaïus, la sanction du peuple était encore nécessaire[5]. Cette sanction était obligatoire pour une adrogation parce que, dit Fustel de Coulanges, « un citoyen ne s'appartient pas à lui seul, mais aussi à toute la cité ; il a besoin du consentement de ses concitoyens pour changer d'état, pour aliéner sa liberté en faveur

[1] *Gaïus*. I, 100. — *Jhering*. « Esprit du Droit romain ». Trad. de Meulenaere. III, p. 348. — *Bouché-Leclercq*, p. 385.

[2] « Noct. att. ». V, 19.

[3] *Schulin*. « Lehrbuch », p. 242.

[4] « Pro domo », 13, 14, 20.

[5] *Gaïus*. I, 99, 100.

d'un nouveau père. » On sait d'ailleurs que l'adrogation n'a jamais cessé d'être contrôlée et que lorsque les Pontifes et le peuple eurent perdu leurs attributions, elle n'en a pas moins été soumise à l'homologation du prince.

L'adrogation remonte certainement à une haute antiquité et devait être en usage bien avant les XII Tables [1]. Par le moyen de ce contrat, l'adrogé aliène volontairement sa liberté ; il tombe, lui, ses enfants et ses biens, sous la *patria potestas* de l'adrogeant [2]. Il devient le *suus* que la nature avait refusé à ce dernier. Mais, à ce titre, il obtient le droit d'entretenir le foyer. C'est lui, mais lui seul, qui succèdera à l'administration de son père adoptif sur les biens de la communauté. En un mot, c'est lui qui continuera la personne de l'adoptant lorsque celui-ci aura cessé d'exister. Ainsi, c'est par un contrat solennel que l'adopté acquiert son titre de successeur, et ce contrat déploie ses effets *a die præsenti. hic et nunc,* c'est-à-dire dès l'accomplissement des solennités et dès la décision de l'autorité à laquelle il est subordonné. L'adopté quitte sa famille naturelle pour entrer dans celle de l'adoptant où il prend la place et la qualité du *suus* absent. Il a acquis ainsi la vocation successorale ; il succèdera nécessairement aux *sacra* et au patrimoine de son nouveau père dont il continuera la famille, le nom et le culte. Il est devenu fils de l'adoptant mais au prix du sacrifice de sa liberté ; il est dans la *manus* de ce dernier. Son *status familiæ* est transformé.

Le but primitif de l'adrogation ou de l'adoption, *lato sensu,* était, comme on le voit, de créer un successeur universel ; motif et fonction sont essentiellement reli-

[1] *Schulin.* « Lehrbuch », p. 241. — *Ulpien.* « Reg. ». VIII. 1-8 *a.*
[2] *Gaïus.* I. 107. D. I, 7, 5.

gieux. Cette institution a donc très nettement le caractère d'une adoption contractuelle *in hereditatem*. En outre, l'adrogation est loin d'être un acte privé; une loi seule peut la valider définitivement et elle ne saurait être subordonnée à aucune condition suspensive ou résolutoire. Bien des siècles plus tard, le jurisconsulte Paul pourra dire encore : *non moribus nostris convenit filium temporalem habere*[1], révélant ainsi la persistance du caractère définitif originaire de l'adoption en tant que moyen d'acquérir la paternité et la *patria potestas*. Cette particularité de l'adoption romaine résulte de l'organisation agnatique de la famille. Celle-ci ne repose pas en effet sur les liens du sang, mais sur l'agnation, c'est-à-dire sur le rapport juridique établi par le lien de la puissance paternelle, soit sur la parenté par les mâles. Elle diffère donc de la famille naturelle ou cognatique en ce que la parenté maternelle en est exclue et qu'elle admet dans son sein des étrangers aux liens du sang par des moyens tels précisément que l'adoption, tandis qu'elle en repousse des parents du sang par des procédés tels que l'émancipation. Un mâle seul était capable de remplir les obligations sacrales et d'avoir la *patria potestas*: en conséquence, anciennement tout au moins et tant que les croyances religieuses conservèrent toute leur force, on ne pouvait adopter que des mâles. D'autre part, l'irrévocabilité de l'adoption, résultant de l'abandon de l'ancien culte, entraînait l'impossibilité pour l'adopté de rentrer jamais dans sa première famille, quels que fussent les sentiments naturels d'affection que père et fils avaient pu conserver réciproquement.

L'idée de la *patria potestas* est peut-être ce qu'il y a

[1] D. I, 7, 34.

de plus remarquable dans toutes les institutions du droit romain. Si haut qu'on remonte dans le passé de la famille romaine, on la trouve toujours fortement organisée. L'autorité du *paterfamilias* est des plus étendues et Gaïus pouvait à juste titre dire encore de son temps que *fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus* [1]. Le tableau qu'en trace Denys d'Halicarnasse [2] est sans doute l'expression de la vérité si l'on admet toutefois que les pouvoirs du père de famille ne constituaient pas des moyens mis à sa disposition pour exercer sa tyrannie ou sa cruauté. La science moderne tend en effet à établir que la brutalité primitive de la puissance du *paterfamilias* romain n'existait guère en fait ou qu'elle était plus apparente que réelle [3]. Ce serait donc à tort qu'on voudrait considérer le père de famille comme un tyran dénué de tout sentiment d'humanité et exerçant son pouvoir avec sauvagerie. S'il est vrai qu'il a sur les siens la *potestas vitae necisque*, encore convient-il de constater avec Cuq qu'il s'agit moins d'un *jus* que d'une *potestas* [4]. Sans doute la tradition rapporte des cas de mise à mort, de vente ou d'exposition d'enfants par un *paterfamilias*, mais la plupart appartiennent à la légende et quant à ceux qui sont signalés par l'histoire, il y a lieu d'observer qu'ils ont toujours été considérés par les Romains eux-mêmes comme des événements

[1] *Gaïus*. I, 55.

[2] II, 26 et 27.

[3] « Nouvelle Revue historique », 1897. Article de G. Cornil: « Contribution à l'étude de la Patria Potestas », p. 416. — *Sumner-Maine*. « Etude sur l'Histoire du Droit ». La Famille patriarcale, p. 434. « L'ancien Droit », p. 129.

[4] *Cuq*. « Institutions juridiques des Romains », p. 155, note 1. — *Aulu-Gelle*. V, 19. — *Cicéron*. « Pro domo », 29.

anormaux et exceptionnels ; que si d'ailleurs ils sont réels, ils ont été provoqués par des outrages à l'honneur familial ou dictés par des considérations d'ordre politique. Le père de famille était investi de droits illimités, cela est certain. Il était le chef, le magistrat et le prêtre de la famille. Mais son pouvoir n'est pas arbitraire. La famille romaine forme un groupe autonome ; elle est basée sur le principe de la puissance. Tous les droits du groupe viennent se concentrer dans la main du chef qui, vis-à-vis des étrangers, personnifie l'ensemble de la famille. Mais ce pouvoir doit servir beaucoup plus aux intérêts de la famille qu'à ceux propres du père. Comme l'observe Jhering, « cette autorité n'est pas un simple droit, elle est un *devoir,* une fonction, qui lui est confiée par l'Etat et qui engage sa responsabilité. Il a un pouvoir illimité sur les siens afin de les bien élever, de les maintenir dans les voies de la discipline et de l'ordre : c'est le pouvoir d'un juge, non celui d'un tyran [1] ». En un mot, le père exerce un véritable sacerdoce.

Au point de vue des biens, la famille forme une communauté. Tout ce que les enfants acquéraient était acquis au père qui était l'administrateur avec larges pouvoirs de tout le patrimoine. Girard [2] compare cette communauté primitive romaine à la Zadrouga serbe où une famille très nombreuse vivait et travaillait en commun sur le bien familial sans qu'il fut question ni d'un droit exclusif d'un des membres sur le fond commun ni de partage avant ou après la disparition du chef. C'est là la notion de copropriété familiale qui, ainsi que le dit

[1] Op. cit., II, p. 193.
[2] « Manuel », p. 249.

encore Girard, « a laissé des traces profondes dans la langue et dans les institutions de Rome *(dominium. heredes sui)*, qui peut seul expliquer le système des successions *ab intestat*, qui n'a au fond jamais complètement disparu du droit romain et qui est encore attestée par les jurisconsultes de l'époque classique [1] ». Ce régime de la propriété apparaît donc comme restreint à une communauté moins étendue que celle de la *gens* et ne se composant que des personnes soumises à la puissance du *paterfamilias*. La copropriété de famille a certainement existé à Rome même à une époque bien postérieure aux XII Tables. Les membres du groupe, le *paterfamilias* compris, ont des droits égaux sur les biens. Les pouvoirs du chef ne sont pas constitutifs d'une inégalité juridique vis-à-vis des autres copropriétaires ; le droit de celui-ci n'est pas d'une autre nature. Le père exerce simplement la souveraineté sur ceux qui sont placés sous sa *potestas* et, quant aux biens communs, il en est, nous l'avons dit, l'administrateur. Du vivant du *paterfamilias*, le droit des *sui* est latent; à sa mort, l'un d'eux prendra sa place, sans doute celui qu'il aura désigné. En effet, il existe une connexion intime entre le culte et la propriété, et le chef de famille à qui incombait la charge de perpétuer le culte des ancêtres et d'assurer la continuation des *sacra* devait pouvoir choisir librement parmi ses *sui* celui qui lui paraissait le plus digne d'assumer cette responsabilité vis-à-vis de la famille et de l'Etat. Les prérogatives du père, en tant que chef de la communauté, comportaient cette liberté du choix de son successeur tant qu'il lui restait des descendants. Mais s'il n'en avait point? L'adoption

[1] *Gaïus*. II, 157. D. 28. 2. 11.

était à sa disposition. Nous avons dit en quelles formes elle avait lieu et quelle était la situation juridique de l'adopté : c'était un successeur contractuel universel, un fils artificiel auquel les solennités de l'opération ont conféré la vocation successorale en l'investissant d'un *condominium* sur les biens de l'adoptant. Mais encore est-il bon de répéter que l'investiture religieuse conférée à l'adopté comme héritier par les Pontifes et le peuple par une loi publique avait moins pour but de créer ce *condominium* que d'assurer le culte. Ce n'est que par voie de conséquence que l'adopté devenu parent de l'adoptant acquérait accessoirement des droits patrimoniaux. Le rapport entre l'adoptant et son futur successeur était donc essentiellement moral. Tout cela démontre bien qu'anciennement l'idée d'une dévolution de biens était indifférente à l'hérédité.

Mais il a dû se présenter d'autres cas, en dehors de l'absence d'un *suus*, où il était désirable pour le *paterfamilias* de faire acte d'adoption. L'organisation de la famille a sans doute groupé autour de lui un certain nombre de personnes vivant sous son autorité et qui lui succéderont puisque, comme lui, elles participent au culte familial ; l'ordre de succession les appelle et il semble qu'il ne devait y avoir aucun motif pour le troubler. Cela est vrai, mais le père de famille peut avoir estimé qu'aucun de ses successibles n'est apte à perpétuer ses *sacra ;* d'autre part, il ne lui reste peut-être de sa famille que des gentils éloignés, qu'il ne connaît peut-être même pas, alors qu'il a des cognats, des parents du sang, que la coutume écarte de la succession au culte et pour lesquels il a conservé des sentiments affectueux. Dans ces deux hypothèses, le *paterfamilias* exposera sa situation au collège des Pontifes, il lui proposera un

successeur vraiment digne de remplir les obligations religieuses vis-à-vis de sa domus et de la cité ; puis le projet sera soumis à l'approbation du peuple qui décidera si les motifs invoqués sont suffisamment graves pour autoriser une dérogation à la loi.

Le concours des Pontifes et du peuple est, ici encore, nécessaire parce que l'autorité du père tend à sortir du cadre dans lequel elle est limitée ; il s'agit en effet de faire tomber sous sa *potestas* un étranger qui entrera dans sa famille afin de rendre à ses ancêtres le culte qui leur est dû et qui ne peut être utilement célébré par ses successeurs légitimes. Une telle dérogation à l'ordre successoral ne peut être permise que par le peuple et comportera naturellement, en cas de décision affirmative de l'autorité, la présomption d'exclusion des héritiers légitimes. Ajoutons encore qu'en vertu de sa toute puissance sur les siens, le père a le droit de rejeter hors de la famille le *suus* qui aurait donné lieu à de graves motifs de mécontentement ou qui aurait par exemple, porté atteinte à l'honneur familial. Inversément, il peut aussi améliorer la position de son fils en le donnant en adoption à un *paterfamilias* dont la famille est particulièrement prospère et honorée dans la Cité. Le père pouvait en effet donner la liberté à son fils par une triple vente et, comme le dit Sumner-Maine [1], « même avant la publication des XII Tables l'habileté des jurisconsultes avait transformé cette règle en un expédient pour détruire la puissance paternelle chaque fois que le père désirait la voir cesser ».

Il est impossible de ne pas voir l'origine de l'exhérédation dans cette répudiation d'un fils puisqu'elle lui enlève

[1] « Ancien Droit », p. 133.

sa qualité de successeur. De même, il apparaît comme certain que l'origine de l'institution d'héritier doit être recherchée dans le contrat d'adoption. Or, nous savons que l'opération destinée à créer un successeur se faisait, comme l'adrogation, en présence des Pontifes et du peuple, mais qu'à la différence de celle-ci, elle ne créait pas de rapport de filiation entre le disposant et le gratifié. Il y a, à l'origine tout au moins, similitude de but entre ces deux institutions et l'on comprend facilement que d'excellents auteurs [1], frappés de leur ressemblance, les aient identifiées.

L'opération improprement appelée testament est, à l'époque de son apparition, — époque qu'il est impossible de déterminer — incompatible avec la copropriété familiale. Au début, elle n'a visé d'autre but que de créer un successeur aux *sacra* par une technique presque identique à celle de l'adrogation.

L'une et l'autre procédures tendent à suppléer à l'absence de successibles directs ou à exclure ceux-ci pour causes graves. Seuls, les effets produits quant à la situation juridique de l'adopté ou gratifié les différencient : l'adopté entrera dans la famille de l'adoptant, prendra son nom, en un mot se comportera comme un fils en puissance ; l'autre conservera son *status familiae*, mais il aura acquis l'aptitude à succéder, il sera investi, du vivant déjà du disposant, de la vocation successorale. Au point de vue du résultat, l'un et l'autre seront les successeurs universels aux *sacra* du *de cujus* dont ils continueront la famille, le culte et la personne comme de véritables *sui*.

[1] *Schulin*. « Das griechische Testament verglichen mit dem Rœmischen ». Bâle, 1882. — « Lehrbuch », p. 243 et 458. — *Sohm*. « Institutionen », § 99.

Ainsi comprise, la fonction de l'acte désigné sous le nom de testament ne diffère guère de l'adoption. Pourtant ce sont deux institutions bien distinctes. — Le testament de ce temps-là apparaît comme un moyen destiné à faire passer la maison sous un nouveau chef et non pas de distribuer des biens. Il est donc fort probable qu'à une époque reculée les notions d'adoption et de testament étaient confondues et qu'elles se sont séparées sous l'empire de besoins et d'aspirations nouvelles.

« Il est certain, dit Sumner-Maine [1], que dans l'ancien droit romain relatif aux successions, la notion d'un testament se mêle complètement, on pourrait dire se confond avec la théorie de l'existence posthume du défunt dans la personne de son héritier. »

Ainsi donc, un trait distingue nettement le testament romain de l'adoption et du testament grec ; il ne crée pas un fils ni ne transmet le patrimoine, il crée un *successeur* qui doit continuer la personne du défunt sans être son parent [2].

Pourquoi et *comment* cette séparation entre l'adoption et l'institution d'un successeur s'est-elle effectuée ? Quelles sont les causes qui ont provoqué cette scission et par quels procédés la nouvelle opération, distincte de l'adoption, s'est-elle réalisée ? C'est ce que nous avons à étudier. — Nous continuerons, *brievitatis causa*, à donner le nom de testament à l'acte nouveau bien que nous lui contestions son caractère de testament.

Selon Jhering [3], la cause qui aurait déterminé l'apparition du testament est purement morale et doit être

[1] « Ancien Droit », p. 180.

[2] *Girard*. « Manuel », p. 775, note 2. — *Cuq*. Op. cit., p. 292.

[3] « Esprit du Droit romain ». Trad. I p. 208.

recherchée dans le conflit résultant de l'organisation purement agnatique de la famille en opposition avec la parenté du sang, la cognation, c'est-à-dire dans l'opposition entre la famille civile et la famille naturelle, entre l'amour naturel de la famille et les dispositions qui la régissent. Grâce à ce régime agnatique les parents civils, les agnats, ont pris le pas sur les cognats. Il s'en suit que l'agnat le plus éloigné et les gentils excluent de l'hérédité le fils émancipé ou donné en adoption, à la mort de son père, et le petit-fils à la mort de son grand-père maternel. Dans ces personnes, dont la parenté avec le défunt est si rapprochée, le droit ne voit que des étrangers : il ne les appelle pas à la succession, il ne leur reconnait aucun droit héréditaire quelconque. « De là, des tendances dont le but est de restituer à la famille naturelle, au moyen d'actes juridiques, ce que la loi lui refusait, et notamment de lui rendre le droit héréditaire au moyen du testament.» Jhering pense que cette idée morale suffit à justifier le besoin du testament. «A défaut, il faudrait renoncer, dit-il, à en expliquer la nécessité et admettre que les testaments trouvent leur origine non dans un intérêt moral, mais dans l'arbitraire, dans une révolte contre le rapport que l'on voit admis chez tous les peuples entre le droit héréditaire et la famille ».

Pour le savant juriste allemand, c'est donc l'amour de la famille qui a engendré le testament. Cette institution aurait été ainsi motivée par le besoin du père de famille de poursuivre la réparation des injustices créées par l'organisation étroite de la famille.

Cette théorie repose sur une idée hautement morale. Elle tend à démontrer que le testament ne découle pas au fond du droit de propriété, mais qu'il est intimément lié au droit de famille. Toutefois, le sens que paraît attacher Jhe-

ring au mot testament est celui d'un acte destiné à permettre la transmission de biens à de simples cognats, oubliant ainsi qu'au moment de son apparition l'acte pour cause de mort répond à la nécessité non de transmettre les biens patrimoniaux, mais de créer un successeur au culte. La conception que nous nous faisons du testament primitif n'est cependant pas en opposition, quant à sa base morale, avec celle de Jhering et la théorie de ce dernier contient évidemment un grand fond de vérité. Il est fort vraisemblable, en effet, que lorsque un père de famille voyait son foyer menacé d'extinction, il portât son choix, pour en assurer le maintien, bien plus volontiers sur l'un de ceux qui tenaient à lui par les liens du sang et qui étaient évincés de la famille par le formalisme rigoureux de la loi qui ne les admettait pas à la succession. L'adoption eût été impuissante à procurer le résultat désiré, notamment dans le cas du fils émancipé, vendu ou donné en adoption qui peut-être était tombé ensuite dans le malheur. L'idée de le rappeler à la succession de son père naturel a donc pu germer facilement dans les esprits. Reste à savoir par quel procédé on a cherché à atteindre ce but.

Quelle que soit la valeur de la théorie de Jhering, celle-ci peut être fortifiée par l'examen d'un autre élément de l'organisation de la famille, la *patria potestas*. Pour n'être pas le pouvoir tyrannique et cruel que d'aucuns ont voulu voir, la puissance paternelle n'en est pas moins à Rome d'une énergie extraordinaire. On sait avec quelle rigueur un *paterfamilias* pouvait en user et dans quelle sujétion était tenu quiconque y était soumis. Ce pouvoir formidable a dû évidemment être, dans certains cas, un obstacle à l'adoption et la perspective pour un *homo sui juris*, chef de famille lui-même, d'abdiquer

sa liberté, de sacrifier tout espoir de pouvoir désormais rien acquérir en propre, de tomber avec tous ses biens et toutes les personnes constituant sa *domus familiaque* sous l'autorité toute puissante d'un autre, devait empêcher la réalisation de bien des projets d'adoption, si honorifique que pût être la nouvelle situation offerte par l'adoptant à son protégé. Il fallait cependant qu'à tout prix le père de famille privé d'enfants trouvât un successeur afin d'éviter le malheur résultant de la perte de ses *sacra* et la disparition de sa maison. Dans un temps où les guerres étaient fréquentes, la mort était une menace perpétuelle et de tous les instants. Il devait être fort angoissant pour un citoyen romain de pressentir l'anéantissement de son culte et de se trouver dans l'impossibilité d'apporter un remède à cette situation faute de quelqu'un qui voulût consentir à se soumettre à sa *potestas*. D'autre part, la Cité était intéressée à la question et les pouvoirs publics ont certainement dû venir au secours du père de famille placé dans de telles conjonctures. Mais comment procéder? On s'est dit, sans doute, que du moment où cette *patria potestas* constituait un si grave obstacle à l'adoption, on pouvait écarter celui-ci en décidant que le successeur proposé n'y serait pas soumis. Moyennant le consentement et une décision législative des Pontifes et du peuple, l'opération était réalisable.

Telle est, dans une certaine mesure, la thèse soutenue par Greif[1], au sujet de laquelle Appleton[2] s'est exprimé favorablement dans sa réfutation de la théorie de Lambert. L'idée nous paraît juste; elle est en tout cas con-

[1] « Origine du Testament romain », p. 61 et seq.

[2] Op. cit., p. 62.

forme aux principes de la succession dans l'ancien droit romain et correspond à une nécessité logique. Cette évolution a dû se produire de très bonne heure et est certainement antérieure à la loi des XII Tables.

Qu'on n'oublie pas que le droit n'était sans doute pas codifié antérieurement à cette loi, et qu'en conséquence le Collège des Pontifes qui était le détenteur du *fas* et du *jus sacrum* pouvait toujours proposer à l'assemblée du peuple telle dérogation que l'équité ou l'opportunité commandait d'autoriser. Qu'on ne perde pas de vue non plus que les Romains ont manifesté, à toute époque de leur histoire, une prédisposition spéciale à résoudre les difficultés d'ordre juridique et à plier les institutions existantes à toutes les exigences de la vie sociale. Ils utilisaient avec une remarquable sagacité les matériaux qu'ils possédaient et lorsque certaines nécessités se faisaient jour et s'imposaient impérieusement, force leur était d'y pourvoir comme il le pouvaient. Si les Grecs se sont adonnés à l'étude des arts et de la philosophie, les Romains, à l'esprit plus positif et plus pratique, se sont voués à l'étude du droit; ils en ont fait leur chose de prédilection. Aucun peuple ne s'est révélé plus habile qu'eux dans ce domaine.

Désormais, celui que le père de famille a choisi pour entretenir ses *sacra* à sa mort et pour continuer sa personne n'entrera pas dans la communauté. L'opération nouvelle revêt encore un caractère nettement religieux et nécessite l'intervention des Pontifes et de l'assemblée du peuple. Elle aboutit au même résultat que l'adrogation au point de vue des droits conférés au futur successeur; elle n'apporte aucune modification à leur caractère d'universalité et d'actualité. Le futur successeur ne devenant plus un parent, un agnat, du père de famille,

l'innovation n'a apparemment eu pour conséquence que de retarder son introduction dans la *domus familiaque* de ce dernier jusqu'au moment de sa mort. En effet, l'opération a pour résultat de conférer à ce successeur l'aptitude à remplir sa mission, de l'investir de la vocation héréditaire, de créer en sa faveur un véritable *condominium* sur les *sacra* de celui qui l'a choisi sans lui imposer la vie en commun ni l'obligation de participer à son culte de son vivant. Dans l'adrogation, l'adrogé devient un *suus ;* par l'acte nouveau sanctionné par les pouvoirs religieux et politiques, les droits du futur successeur se modèlent simplement sur ceux de l'héritier sien et nécessaire : ils resteront à l'état latent tant que le père vivra et ne prendront force qu'à sa mort. Comme le dit Lambert, ce qui lui est conféré « ce n'est pas un simple espoir de succession, mais un droit ferme à succéder[1] ». Quelle était la véritable nature de ce droit ? Voilà qui est difficile à préciser. Mais quant aux effets de cette attribution de droits sur les *sacra*, il paraît certain qu'ils ne sont pas différents de ceux de l'adrogation. Le successeur aura la situation de l'adrogé sans en avoir eu les inconvénients ; il prendra la place du *suus* qui fait défaut ; mais à la mort du père de famille, il succèdera à ses *sacra* et aux obligations religieuses qui en découlent. L'acte nouveau n'est donc plus une adoption au sens strict du mot ; il constitue un appel à succéder qui n'est réalisable que par le moyen d'un contrat. C'est une opération purement bilatérale car elle nécessite le consentement du disposant et du futur successeur, et ce double consentement doit recevoir encore l'approbation de l'autorité religieuse et de l'assemblée du peuple. Une

[1] Op. cit., p. 30.

loi seule peut en effet autoriser une dérogation à l'ordre fixé légalement pour la dévolution héréditaire.

Voilà le germe du testament. Le premier pas est fait. Ce n'est pas encore le testament puisque la seule manifestation de la volonté du disposant est impuissante à produire effet et que l'opération ne tend qu'à conférer l'aptitude à succéder par une attribution contractuelle de la vocation successorale, et encore moins aux biens qu'aux *sacra*, moins à la *domus familiaque* qu'à la personne qui les représente. Ce n'est donc pas encore l'institution d'un héritier au sens donné par les juristes classiques à ce terme, mais c'en est le prélude. L'acte testamentaire se dessine, mais pour parvenir à sa forme définitive, il devra encore franchir plusieurs étapes. L'acte fait *in calatiis comitiis*, en tant qu'il règle des rapports de succession, n'est que le précurseur du testament.

Telles sont les causes qui, selon nous, ont provoqué la scission entre l'adoption et l'acte nouveau dit « testament ». Nous avons à examiner maintenant la question de savoir comment la séparation s'est opérée.

Les seuls renseignements juridiques que nous possédions sur l'opération *calatis comitiis*, indépendamment des indications qui peuvent être extraites des textes littéraires, sont fournis par Gaïus dans son Commentaire, II, § 101 et par les Instituts II, 10, 1. Ces textes sont d'une sobriété extrême. Voyons ce que dit Gaïus : « *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt; nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant : procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio*

faciebant. alterum in proelium exituri, § *103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt.* »...

Aulu-Gelle[1] rapporte que les *Calata comitia* étaient la réunion du peuple dans un but religieux et que les *comitia* étaient *curiata* lorsqu'il s'agissait des testaments : « *Calata comitia esse quæ pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse curiata alia centuriata... Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus, unum, quod calatis comitiis in contione populi fieret; alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum, in aciem vocabantur: tertium per familiæ mancipationem. cui aes et libra adhiberetur...* ».

C'est là à peu près tout ce que nous savons sur les premiers testaments romains[2]. Evidemment les cérémonies mentionnées par ces deux auteurs doivent remonter à une haute antiquité; elles sont sans doute contemporaines de l'époque royale. C'est ce qui explique que Gaïus ne soit pas mieux renseigné et se trouve dans l'impossibilité de décrire ces actes d'une façon plus complète et surtout d'indiquer leur fonctionnement comme aussi leur structure juridique.

En ce qui concerne le testament *calatis comitiis*, il s'agit donc des *comitia curiata* et non pas *centuriata* de la constitution de Servius[3]. Il apparaît en effet que les *comitia centuriata* n'ont jamais eu dans leurs attri-

[1] « Noct. att. », XV, 27.

[2] *Ulpien*. XX.

[3] *Denys d'Halicarnasse*. IV, 14, 16, 17.

butions la compétence en matière d'adrogation [1] et de testament. S'il en avait été ainsi, il faudrait admettre que les plébéiens pouvaient participer aux cérémonies et solennités religieuses des patriciens. Les curies étaient composées des *gentes* patriciennes exclusivement; elles s'occupaient essentiellement des opérations concernant les *sacra*. Or les plébéiens n'avaient pas de *sacra* ou du moins d'une tout autre nature que ceux des patriciens. Les dieux de ceux-ci n'étaient pas les leurs. Les plébéiens n'avaient par conséquent pas accès dans les curies. Ce point qui a fait l'objet de controverses nombreuses peut être aujourd'hui considéré comme acquis [2]. Il ne présente du reste pour notre étude qu'une importance très secondaire.

En revanche, une question capitale est celle de savoir si ensuite de l'enquête des Pontifes le peuple contrôlait et votait les actes qui lui étaient soumis ou s'il se bornait à prêter son témoignage. Rendait-il *une loi* dans chaque cas particulier comme pour l'adrogation et pouvait-il rejeter le projet de testament qui lui était proposé ? — La réponse à cette question est décisive ; si le peuple doit rendre une loi, la volonté de celui qui choisit un successeur à ses *sacra* n'est ni unilatérale ni libre puisqu'elle est subordonnée à l'approbation et à la décision du peuple. L'acte ne constituera donc pas un testament. — Pendant longtemps la controverse a divisé les auteurs sur ce point. Actuellement les romanistes qui admettent que l'intervention du peuple ne consistait qu'en

[1] *Aulu-Gelle*. V, 19.

[2] *Fustel de Coulanges*. Op. cit., p. 300. — *Jouault*. « Transmission des *sacra* ». — *Bouché-Leclercq*. « Institutions romaines », p. 21, note 6; p. 69, note 69; p. 111 et seq. — Voir les nombreux auteurs cités par ce dernier.

un enregistrement de la volonté individuelle manifestée en sa présence, en une homologation pure et simple de l'acte en la forme gracieuse, se font de plus en plus rares. Cette théorie vivement soutenue par Dernburg l'ancien[1] au début du siècle dernier n'est plus guère défendue aujourd'hui que par Huschke, Voigt[2], Hölder[3], Karlowa[4].

La grande majorité des romanistes partage l'opinion contraire, celle qui veut voir une loi dans la décision du peuple. *Nam testamenta*, disait déjà Thomasius[5], *quae fiebant calatis comitiis non valebant ex voluntate testatoris, sed ex consensu et approbatione speciali populi, neque revocari poterant pro lubitu extra comitia.* C'est donc la décision populaire et non la volonté du disposant qui donne force de loi à la disposition ; bien plus, la loi une fois votée serait devenue irrévocable, selon quelques-uns. Peut-être n'en était-il pas absolument ainsi. Nous admettrions volontiers, sur ce dernier point, avec Thomasius que si une loi était nécessaire pour consacrer le choix d'un successeur, une autre loi tenant compte des motifs proposés pouvait défaire ce que la première avait fait. En tout cas, il est bien certain que si la volonté du disposant était insuffisante à elle seule pour créer, elle devait l'être pour supprimer.

Nombreux sont les auteurs qui se sont prononcés sur la question de l'étendue du rôle des *comices* dans le sens de Thomasius. Au XVIIIme siècle, nous trouvons Hei-

[1] « Beitræge z. Geschichte d. Rœm. Testam. », p. 16 (1805).

[2] « XII Tafeln ». I, p. 171.

[3] « Beitræge z. Geschichte des Rœm. Erbrecht », p. 26.

[4] « Rœm. Rechtsgeschichte ». Leipzig, 1901. II, p. 847.

[5] « Dissert. », 68, II.

neccius et Trekell. Au XIXme et actuellement, Gans [1], Jhering [2], Pernice [3], Kuntze [4], Sohm [5]; en France : Accarias [6], Ortolan [7], Girard [8], Cuq [9], Lambert [10], Appleton [11], C. Brocher [12]; en Italie : Costa [13] et Zocco-Rosa.

Après avoir modifié sa première manière de voir, Mommsen a apporté à cette opinion l'appui de son autorité [14] et a puissamment réfuté la théorie contraire. En revanche, Schulin semble se rattacher à l'idée que le rôle du peuple était celui d'un témoin (Zeugniss [15]). *Ich stelle mir die calata comitia als reine Zeugnissversammlungen vor,* dit-il dans son étude sur le « Testament grec comparé au Testament romain, » p. 53. Il va même jusqu'à soutenir que l'acte *calatis comitiis* était un testament écrit, ce qui paraît fort invaisemblable malgré le texte de Cicéron, de Oratore I, 53.

A l'origine, cela paraît incontestable, l'acte passé devant les *comices* revêt le caractère d'une véritable opération législative. Il ne s'agissait pas seulement de donner plus de solennité à l'acte mais bien de le soumettre

[1] « Das Erbrecht ». II, p. 80.
[2] « Esprit du Droit romain «. Trad. I, p. 147 et suiv.
[3] « Labeo ». I, p. 258.
[4] « Excurse », p. 129.
[5] « Institutionen », p. 432.
[6] « Précis de Droit romain », p. 797, § 321.
[7] « Explication historique des Instituts ». II, p. 443
[8] « Manuel », p. 775, note 3.
[9] « Institutions », p. 293.
[10] « Tradition romaine », p. 27 et 28.
[11] « Testament romain », p. 63.
[12] « Etude sur la Légitime et les Réserves », p. 57.
[13] « Storia del Diritto romano ». II, p. 404.
[14] « Droit public ». VI, p. 363.
[15] « Lehrbuch », p. 458.

à la discussion et à la délibération de l'assemblée souveraine. Si cela n'était pas, on ne comprendrait pas et on serait dans l'impossibilité d'expliquer les formes extraordinairement solennelles dont on l'entourait. « On peut croire que le peuple votait, dit Fustel de Coulanges [1], et cela était même, si l'on y réfléchit, tout à fait nécessaire ; il y avait une loi générale qui réglait l'ordre de la succession d'une manière rigoureuse ; pour que cet ordre fut modifié dans un cas particulier, il fallait une autre loi »... et ailleurs : «Ces comices par curies étaient la réunion la plus solennelle de la Cité romaine ; et il serait puéril de dire que l'on convoquait un peuple, sous la présidence de son chef religieux, pour assister comme simple témoin à la lecture d'un testament ».

Pour comprendre en effet toute l'importance de cette intervention des Pontifes et de l'assemblée du peuple il faut se rappeler les cas dans lesquels il était désirable pour un père de famille de pouvoir déroger à l'ordre successoral légal : ou bien il n'a pas de *sui*, ou bien il estime qu'aucun de ses successibles n'est digne ou capable de lui succéder dans l'administration de la *domus familiaque*, ou bien enfin il ne lui reste que des gentils éloignés, peut-être inconnus de lui, tandis qu'il a des cognats auxquels la loi ne reconnaît aucune successibilité et qui tiennent pourtant à lui par les liens du sang et de l'affection. Comme pour l'adrogation, les Pontifes auront donc nécessairement à examiner si le *pater familias* est réellement privé de descendants ou s'il n'est plus en état d'en avoir, si les motifs qu'il invoque sont fondés, s'il convient d'autoriser l'entrée d'un étranger dans sa famille, si ce dernier est apte à continuer les

[1] Op. cit., p. 97.

sacra et la personne du *de cujus*. D'autre part, pour ceux qui pensent que la propriété romaine de ce temps-là revêtait un caractère politique et religieux, c'est-à-dire qu'elle n'était qu'une délégation de la propriété souveraine [1], qu'une participation du citoyen à la jouissance de *l'ager romanus*, il semble certain que l'enquête devait également porter sur le point de savoir si le futur successeur présentait des garanties suffisantes pour en assurer le service.

Le rôle social du testament est essentiellement religieux ; il s'agit de pourvoir à la continuation des *sacra* afin de rendre les dieux et les mânes favorables à la prospérité d'une maison et de la cité. Le choix du continuateur n'est dès lors pas chose indifférente. L'examen des Pontifes portera donc sur la personne du disposant et du bénéficiaire au point de vue de leur capacité respective, puis sur le projet de contrat proposé en ce qui a trait au double consentement nécessaire, enfin sur la nature des *sacra* et des biens qui en sont la dotation. On sait en effet par Gaïus [2] que les sacrifices étaient religieusement observés par les anciens Romains, mais on sait aussi qu'ils constituaient une lourde charge de l'hérédité [3]. La ratification du projet par le peuple devant entraîner une présomption d'exclusion des successibles légitimes, il est probable aussi que l'enquête devait recueillir les oppositions et qu'il devait être permis aux gentils de faire entendre leur voix devant le peuple avant toute décision. Sumner-Maine [4] l'a pensé et il explique

[1] *Accarias*. « Précis », p. 797.

[2] II, 55.

[3] « Hereditas sine sacris » est synonyme de bonheur parfait. — *Mommsen*. Antiq. rom. Trad. de Brissaud. T. I, p. 159.

[4] « Ancien Droit », p. 190.

son point de vue sur la nécessité du vote du peuple d'une façon très vraisemblable: «L'assemblée patricienne appelée *comitia curiata* était une législature dans laquelle les gentes étaient exclusivement représentées. C'était une assemblée représentative du peuple romain, constituée sur le principe que l'unité politique était la gens. Cela étant, il suit naturellement que la connaissance des testaments par les *comices* se rattachait aux droits des gentiles et avait pour but de les leur conserver. Toute l'anomalie apparente disparaît si nous supposons qu'on ne pouvait tester que quand le testateur n'avait pas de gentiles connus, ou lorsqu'ils abandonnaient leurs prétentions et que le testament était soumis à l'assemblée générale des gentes romaines, afin que ceux qui se trouvaient lésés par ses dispositions puissent s'y opposer ou, en le laissant passer, renoncer à leur droit d'héritage[1] ».

Il y a là évidemment quelque chose de vrai et il est possible que ce droit d'opposition fondé sur une copropriété gentilice ait également été attribué aux successibles plus rapprochés en vertu des droits résultant de la copropriété familiale qui a une existence beaucoup plus certaine [2].

Le projet une fois admis par le Collège des Pontifes était alors soumis à la décision souveraine du peuple qui votait son acceptation ou son rejet après avoir entendu tous les intéressés afin d'éviter toute contestation ultérieure.

[1] « Contra *Karlowa* ». « Rœm. Rechtgesch. ». II, p. 849.

[2] Il y a un rapprochement intéressant à faire entre cette possibilité, d'ailleurs conjecturale, pour les successibles évincés, de faire valoir leur droit devant l'assemblée du peuple et le « Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit » de la procédure affatomique qui se faisait dans le Mâl. « Lex salica ». XLVI. (Beispruchsrecht des vicini.).

Voilà comment à nos yeux les choses ont dû se passer.

Ainsi donc il semble certain que le rôle de l'assemblée populaire et des Pontifes, ne s'est pas borné à une assistance passive, à un simple enregistrement ou à une homologation gracieuse de l'acte que le disposant proposait. Le peuple n'était pas seulement un témoin, et encore faut-il faire des réserves à cet égard car, ainsi que l'a démontré Jhering[1], le rôle des témoins dans les actes de la procédure antique est beaucoup plus effectif qu'on ne le pense : témoin est synonyme de garant. Mais dans l'acte *calatis comitiis* non seulement le peuple vote mais encore il est garant. Il fallait une loi pour assurer la validité et aussi l'exécution du contrat testamentaire, mais cette loi était surtout nécessaire pour déroger à celle que déterminait l'ordre successoral[2].

Selon Huschke, Mommsen et Karlowa[3], et d'ailleurs la plupart des romanistes modernes, les *calata comitia* se réunissaient pour la confection des testaments deux fois par an, conformément à l'affirmation de Gaïus, soit le 24 mars et le 24 mai[4]. Il n'y a guère de controverses sur ce point. Mais les partisans de l'opinion suivant laquelle le peuple ne jouait qu'un rôle passif prétendent s'appuyer sur certains passages d'Aulu-Gelle desquels il ressort que les *calata comitia* sont une *contio populi* et qu'on ne vote pas dans la *contio*[5] parce qu'il n'y a pas lieu à *rogatio* : « *verba facere ad populum sine ulla ro-*

[1] « Esprit du Droit rom. ». Trad. I, p. 142. — *Lambert*. Op. cit., p. 28.

[2] *Giraud*. « Histoire du Droit romain », p. 82.

[3] « Rœm. Rechtsgesch. ». II, p. 847.

[4] Le Calendrier portait ces lettres : Q. R. C. F. = Quando Rex Comitiavit Fas.

[5] « Noct. att. ». XV, 27. « ... unum quod in calatiis comitiis in contione populi fieret ».

gatione[1]». Il en résulterait que *cum populo agere* ce serait soumettre une loi à la délibération du peuple, tandis que *contionem habere* serait parler au peuple sans lui rien soumettre. On fait donc dire à Aulu-Gelle qu'il n'y a de *rogatio* que lorsqu'il s'agit de l'adrogation [2], comme le nom de l'acte semblerait l'indiquer. Dès lors, le rôle du peuple serait celui d'un simple témoin qui doit se borner à prendre acte des déclarations faites devant lui et qui n'a le droit ni de les approuver ni de les rejeter parce qu'il n'est pas interrogé comme dans l'adrogation.

Tout d'abord, il y a lieu d'observer que le mot *contio* employé par Aulu-Gelle, n'a pas le sens technique qu'on veut lui attribuer, et ensuite que de l'emploi des mots *in contione populi* par Aulu-Gelle, il n'est pas permis de tirer la conséquence, comme le fait notamment Karlowa[3], *dass es sich nicht um eine Beschlussfassende, sondern nur assistierende Volksversammlung handle.* Aulu-Gelle n'oppose d'ailleurs certainement pas *contio* à *comitia.* Mommsen[4] et Girard ont savamment réfuté cette manière de voir et nous ne saurions mieux faire que de répéter ici ce que ce dernier a dit à ce sujet[5]: « La *contio* n'exclut pas les comices, elle en est le préliminaire, le peuple se réunissant pêle-mêle *in contione* avant de se distribuer suivant ses divisions légales en *comitia*; elle ne les exclut

[1] Ibid. XIII, 15. « Ex his verbis Messala manifestum est aliud esse cum populo agere aliud contionem habere. Nam cum populo agere est : rogare quid populum quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet; contionem autem habere est : *verba facere ad populum sine ulla rogatione.* »

[2] Ibid. V, 19. — « Arrogatio autem dicta quia genus hoc in alienam familiam transitus *per populi rogationem fit.* »

[3] Op. cit. II, p. 850.

[4] « Droit public ». Trad. de Girard. VI, 1, p. 363, et 3, p. 40.

[5] *Girard.* « Manuel », p. 776, note 1.

certainement pas ici, le texte qui dit que le testament est fait *in contione* disant aussi comme son nom même qu'il est fait dans des *comitia*, les *comitia calata*. L'allégation selon laquelle on ne voterait pas dans les comices tenus *pro conlegio pontificum*, est gratuite ; l'adrogation où le peuple vote certainement est aussi faite dans des *comitia calata* présidés par le Grand Pontife. » Au surplus le caractère de loi ressort nettement, comme une survivance de l'ancien usage, des expressions employées par les juristes classiques, notamment par Paul, D. 28. 1. 14. ; *nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest*. De même, les auteurs grecs faisant allusion au testament romain, parlent souvent de la νομός faite dans les *Curies*, νομὸς ὁ φρατριατίκος[1].

C'est en vain qu'à l'appui de la thèse contraire, on fait intervenir le témoignage de Théophile qui, dans sa paraphrase du fragment II. 10. § 1. des Instituts, dit que « la convocation des comices avait lieu deux fois par an : le héraut traversait la ville en appelant les citoyens ; tout le peuple s'assemblait et qui voulait faisait son testament, de sorte que le peuple *était témoin*, ὑπὸ μάρτυρι τῷ δήμῳ ». Sans doute une affirmation de cette nature a sa valeur. Mais qu'on n'oublie pas que Théophile a vécu au VI[me] siècle de notre ère, c'est-à-dire au temps de Justinien, et qu'il est fort douteux qu'il se soit rendu un compte exact des motifs qui nécessitaient l'intervention du peuple. L'on conçoit d'ailleurs difficilement qu'on ait réuni le peuple tout entier dans le seul but de lui faire jouer le rôle de témoin, au sens strict de ce mot.

On a objecté encore que si vraiment à l'origine le testament avait dû être confirmé par une loi, le nom

[1] *Dion Cassius.*

même de l'acte en aurait certainement conservé le souvenir[1]; qu'au contraire le mot *testamentum*, comme *testator*, *testari*, éveille l'idée de témoin, *testis*; que la formule de la *nuncupatio* dans le testament mancipatoire contiendrait la démonstration qu'il ne peut s'agir que d'un témoignage et non d'un vote: « *itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote,* » cette formule remontant évidemment au testament *calatis comitiis*; qu'ainsi on voit bien que le fait de soumettre un acte au peuple, l'oblige non seulement à en constater l'existence, mais encore à le solenniser; qu'il est difficilement admissible que deux jours par an fussent suffisants pour examiner tous les testaments de l'année si vraiment le peuple avait dû délibérer, puis voter sur chacun d'eux; qu'au contraire, il fallait en réalité fort peu de temps pour expédier cette besogne puisque la mission de l'assemblée consistait uniquement à prêter son témoignage en vue de leur solennisation; qu'enfin il est vraisemblable qu'à une époque reculée déjà les Romains aient compris la possibilité d'une extension de la volonté subjective au-delà de l'existence physique de l'individu et la manifestation de ce concept sous la forme de l'acte testamentaire.

Aucune de ces objections n'est de nature à impressionner et à faire renoncer à l'idée du rôle actif de l'assemblée populaire. Tout d'abord, nous devons relever le fait de l'absence du mot *testamentum* dans l'ancien droit romain antérieur aux XII Tables. Mais si *testamentum* a existé réellement et s'il est vrai qu'il éveille l'idée de témoignage, *testimonium*, il faut alors restituer aux témoins des législations et coutumes primitives leur

[1] *Karlowa*. Op. cit., II, p. 850.

véritable rôle qui est fort différent de celui qu'on leur attribue de nos jours.

Selon Lange [1], *testis* est un redoublement de *sta*; il signifie assistance et équivaut à garant. « Le témoin du droit antique dont la présence s'est conservée si longtemps dans la *mancipatio* et lui a survécu même dans la forme du testament du droit romain le plus nouveau, dit Jhering [2], est un *témoin solennel*. Son intervention est une condition de forme de l'acte lui-même, le témoin prend part à cet acte, il en est un co-auteur et il doit, comme tel, être appelé à y participer et avoir déclaré vouloir consentir à cette participation. Celui au contraire qui n'a été que présent à l'acte, sans y avoir été appelé, n'est pas un témoin solennel, bien qu'il soit en mesure d'en rendre le témoignage le plus digne de foi ».

Cette notion du rôle des témoins n'est pas spéciale au droit romain ; elle se retrouve sous des formes particulièrement suggestives dans les lois germaniques et dans d'autres encore. Ainsi dans la législation wisigothique, les témoins testamentaires étaient tenus à des devoirs très stricts : ils devaient rapporter au gratifié les paroles du mourant [3]. Dans les chartes du haut moyen âge chrétien, il existe des rapports étroits entre les cautions et les témoins ; ils garantissent l'acte.

Comme le disent les formules franques [4], l'acte passé en présence d'une personne équivaut à l'acte passé par cette personne. Le témoin intervient pour garantir, protéger et défendre l'acte *mortis causa* et non pas seulement pour en rapporter la preuve ; il y participe aussi

[1] « Römische Alterthümer », 1876-1879.
[2] Op. cit., I, p. 146.
[3] *Caillemer*. « L'Exécution testamentaire », p. 86.
[4] *Marculfe*, I, 13.

bien *ad probationem* que *ad solennitatem*. Sohm a résumé cette participation en ces termes : *Dies Princip lautet dahin dass die Vollziehung eines Rechtsgeschäftes vor einem Dritten gleich ist der Vollziehung des Rechtsgeschäftes durch diesen Dritten* [1]... Le terme de fidéjusseurs est souvent appliqué aux témoins des actes au Moyen-âge parce qu'ils jouent un rôle actif dans la défense de ces actes. Il est même souvent fort difficile de différencier les témoins des autres parties contractantes. De même, en Allemagne, les exécuteurs entre vifs dont l'intervention assure à l'acquéreur un surcroît de garantie, portent fréquemment le nom de fidéjusseurs.

Ainsi donc il est permis de conclure qu'à supposer même que l'assemblée *curiate* ne jouât que le rôle de témoin, ce rôle impliquait un contrôle et une approbation de l'acte, comme aussi la garantie de son exécution.

Il peut sans doute paraître extraordinaire que le très ancien droit romain n'eût autorisé la confection des testaments que pendant deux jours de l'année séparés par un intervalle relativement minime. Mais si l'on tient compte que cette opération était éminemment religieuse puisqu'il s'agissait de désigner un successeur au culte d'un citoyen et que d'autre part les *comitia curiata* ne se réunissaient que pour traiter d'affaires intéressant directement la divinité, on admettra que le choix des jours ne dépendait pas de la volonté des citoyens mais qu'il leur était imposé par une loi supérieure et théocratique à laquelle il était indispensable de se soumettre pour le bien et des hommes et de la Cité. Il était d'ailleurs

[1] *Sohm*. « Frænkisches Recht und Rœmisches Recht. » Weimar, 1880, p. 35. — *Lambert*. Op. cit., p. 28. — *Appleton*. Op. cit., p. 63, note 1. — *Caillemer*. Op. cit., §§ 40, 41 et suiv. Voir aussi, p. 120.

absolument impossible pour les patriciens de régler le sort de leur *domus familiaque* en dehors des deux jours fixés par le calendrier sacré. Quant à l'objection consistant à dire que ces deux jours devaient être insuffisants pour permettre l'examen de tous les testaments de l'année, elle paraît aisément réfutable. En effet, à l'époque antérieure aux XII Tables, les testaments, ou les actes désignés sous ce nom, devaient être fort rares puisqu'une loi commune fixait l'ordre de succession aux *sacra*. Un père de famille devait avoir des motifs évidemment fort graves pour demander en sa faveur une dérogation à cette loi et les cas dans lesquels une telle dérogation était désirable étaient eux-mêmes, on l'a vu, tout à fait exceptionnels. D'un autre côté, on peut conjecturer que, comme pour l'adrogation, le projet de testament devait faire l'objet d'une enquête préalable de la part du Collège des Pontifes et qu'avant de pouvoir être soumis à la sanction populaire ce projet devait recevoir l'approbation pontificale. S'il en a bien été ainsi, il en résulte que le peuple n'avait en définitive à examiner que les projets qui avaient chance d'aboutir et qui remplissaient les conditions d'admissibilité. Ceux-ci ne devaient dès lors pas être si nombreux que l'assemblée du peuple n'eût pu délibérer sur tous en deux jours...

En ce qui concerne l'existence à Rome du concept testamentaire en tant qu'acte unilatéral et personnel, nous savons ce qu'il en faut penser, surtout pour la période antérieure au Code décemviral. Tout ce que nous avons exposé jusqu'à présent tend à confirmer l'idée exprimée par Jhering[1] et contre laquelle Karlowa s'est également insurgé. Il est réellement invraisem-

[1] Op. cit., I, § 13, p. 149.

blable que le droit antique ait connu un acte unilatéral dont les effets ne devaient se réaliser qu'après la mort de celui qui l'a voulu et qui ne peut en conséquence plus en exiger l'exécution. A Rome, comme partout ailleurs, cet acte n'est apparu qu'à une époque très avancée du développement du droit. Partout où il a existé, on peut constater qu'il a été précédé, dans l'histoire de son évolution, par des opérations entre vifs, sollicitant le concours de volontés étrangères à celle du disposant et produisant des effets immédiats, a *die praesenti, hic et nunc*. L'idée d'une loi rendue par l'autorité et sanctionnant la volonté du père de famille est en contradiction formelle avec celle d'un acte qui émane d'une volonté libre ; et ce qui démontre bien que le testament n'était pas à l'origine un acte personnel et unilatéral c'est qu'il l'est devenu après s'être précisément dépouillé de toutes les solennités qui, dans le droit primitif, accompagnent toujours la formation des contrats. D'autre part, la notion d'un acte fondé uniquement sur la possibilité d'une extension de la volonté humaine au-delà du tombeau implique nécessairement la non-intervention du bénéficiaire. Or, dans l'ancien droit, nul ne pouvait être obligé ou même gratifié s'il n'avait préalablement donné son consentement en due forme. Enfin, il est impossible de concevoir que celui-là même qui devait assumer la charge de continuer les *sacra* d'un citoyen, n'ait pas été mis à même de connaître sa vocation du vivant même du disposant. Quelle eût été l'utilité, on le demande, de toute cette solennelle procédure devant les Pontifes et les Comices si elle devait aboutir à ce résultat qu'à la mort du *de cujus* celui qui avait été appelé à prendre sa place à la tête de sa *domus familiaque*, pouvait se dérober ?

Tout cela démontre très nettement que des engagements devaient être pris en la forme contractuelle et que ce sont ces engagements qui devaient être soumis à l'approbation du peuple qui, en vertu de sa décision, en assurait l'exécution.

Ainsi donc, l'opération *calatis comitiis* constituait un acte législatif ; une *rogatio* était adressée au peuple, comme pour l'adrogation. Une véritable loi, dérogeant à la loi ordinaire et déterminant exactement les droits et obligations de chaque partie, était rendue sous l'autorité du peuple. On retrouve bien là un trait de cet esprit éminemment pratique des Romains qui entendaient régler, du vivant déjà du père de famille, toutes les difficultés qui auraient pu surgir après sa mort[1].

Cette loi apparaît comme le moyen recherché pour pouvoir violer légalement l'ordre de succession. De là, la nécessité d'entourer l'opération de toutes les garanties de publicité possibles. Au point de vue social, le procédé employé remplit le but désiré : il permet de créer un successeur qui ne deviendra pas le parent du père de famille et d'éviter la disparition d'un culte. La procédure utilisée concilie les droits de l'individu et ceux de la famille que le testament classique, comme acte personnel et unilatéral, devait mettre si fortement en opposition.

Ainsi tombent tous les arguments invoqués à l'appui de la thèse qui limite le rôle du peuple à celui d'un simple témoin. Toutes les objections proposées contre la théorie que nous avons admise sont d'ailleurs impuissantes à justifier les effets, soit de l'acte comitial. soit du testament postérieur, effets qui dépassent ceux d'un acte privé et qui ne peuvent par conséquent être venus que

[1] « Nouvelle Revue historique ». 1886. Article de Cuq, sur le Testament per aes et libram, p. 538.

d'un acte du législateur lui-même[1]. De tous ces effets, le plus remarquable sera celui qui permettra d'imposer à l'héritier institué une charge au profit d'un tiers. Une telle conséquence ne peut être que le résultat du développement pris dans la suite par l'acte testamentaire et de sa déviation de son but primitif.

Nous avons déjà dit comment il fallait envisager la situation juridique faite par la décision des comices au successeur du disposant. Comme l'adrogé, il puise son titre de successibilité d'une part dans son propre consentement et non pas seulement dans la volonté du *de cujus*, et d'autre part dans la volonté collective de ses concitoyens. Il est assimilé à un *suus* et succédera nécessairement en vertu de la loi spéciale. Ses droits, il les acquiert immédiatement, c'est-à-dire du vivant de celui qui l'a choisi comme son successeur. En effet, dès l'instant où les comices ont voté une loi, celle-ci produit ses effets *a die praesenti, hic et nunc*[2]. On comprend dès lors plus facilement que la question de la révocabilité de l'acte comitial soit douteuse puisqu'il recevait immédiatement un commencement, tout au moins, d'exécution, l'exécution définitive étant retardée au moment de la mort du *de cujus*. On conçoit aussi que le futur successeur, déjà investi de sa vocation successorale, n'ait plus eu aucun acte ni aucune déclaration d'adition à faire au moment de l'ouverture de la succession puisqu'à proprement parler il ne s'agissait plus pour lui que de se substituer au père de famille au moment de sa mort. Il

[1] *Girard*. « Manuel », p. 776. — *Lambert*. Op. cit., p. 28. — *Cuq*. Op. cit., p. 294. — *Jhering*. Op. cit., I, p. 148. — *C. Brocher*. Op. cit., p. 57.

[2] *Jhering*. « Esprit du Droit romain ». Trad. de Meulenaere. T. I, p. 148... « Tout acte juridique de l'ancien droit produit ses effets sur le champ... »

n'y avait donc pas délation de biens, mais simplement succession au chef de la *domus familiaque* et aux *sacra*. Les droits du successeur sont définitifs du vivant même du disposant, c'est-à-dire du jour où les cérémonies ont été accomplies.

L'acte comitial revêt donc toutes les formes d'un contrat bilatéral ; c'est un véritable procédé d'institution contractuelle, tel qu'on en voit dans d'autres milieux et tout particulièrement dans la loi franque, l'affatomie, et dans le droit lombard, le thinx. Nous sommes donc bien loin encore de la notion du testament classique, simple projet, révocable *ad nutum*, dans lequel la volonté du disposant reste ambulatoire jusqu'à sa mort.

La succession testamentaire romaine a conservé de ses origines une marque indélébile qui se révèle dans les deux règles du droit classique ; « *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[1], » et «*fundamentum totius testamenti haeredis institutio*[2],» qui ont passé dans les législations latines. Ces règles ne peuvent trouver leur source et leur justification que dans cet état primitif du droit où il n'y avait aucune place pour une double dévolution successorale. Le principe de l'universalité de la succession ne saurait provenir que de la conception antique du rôle du successeur qui absorbait en lui tous les droits sur la famille et qui continuait la personne du défunt en se rattachant à lui par les liens du culte domestique.

Mais lorsque la religion se sera relâchée, lorsque les *sacra* seront tombés en décadence avec le culte des Ancêtres[3], lorsqu'enfin l'idée économique se sera substituée

[1] D. 50, 17, 7.

[2] *Gaïus*. II, 229.

[3] *Mommsen*. «Antiq. rom.». Trad. de Brissaud. T. I, p. 69, 80 et seq.

à l'idée religieuse, on ne verra plus dans l'*heres* que celui qui succède au patrimoine du défunt et il apparaîtra alors comme un personnage nécessaire pour soutenir la personne du *de cujus* quant à ses biens et pour liquider sa succession. Sans doute ces règles n'étaient pas formulées à l'origine ; mais lorsqu'elles sont apparues, elles ont exprimé un état de fait antérieur et elles ont survécu alors que cet état avait disparu. Il en a sans doute été de même de la règle « *agnatione postumi testamentum rumpitur*[1] » dont la raison d'être ne se justifiait qu'à l'époque où la création d'un successeur artificiel était nécessaire, faute d'un héritier sien. Il est probable en effet que les Pontifes et l'assemblée populaire n'eussent jamais donné leur approbation à un projet d'adrogation ou de nomination de successeur si la survenance d'un *heres suus* avait été possible. Ce devait être d'ailleurs le seul cas où il fut désirable que la loi curiate édictée en dérogation à la loi ordinaire seule applicable au postume ne sortît pas ses effets. Il devait donc être entendu que la survenance d'un postume sien et nécessaire entrainerait *ipso facto* l'anéantissement de la loi spéciale.

Telle a été apparemment la situation avant la loi des XII Tables, c'est-à-dire avant la promulgation de la fameuse règle *Uti legassit... ita jus esto*. En l'absence de sources, il n'est guère possible de rien affirmer d'une façon absolue et toutes les théories proposées présentent toujours un caractère conjectural. Mais l'étude du droit comparatif peut, dans une certaine mesure, éclairer l'obscurité qui règne dans cette période des origines du testament romain.

[1] *Gaïus*. II, 131. — *Ulpien*. 22, 18.

Si l'on compare, par exemple, la procédure affatomique décrite par l'article 46 de la Loi salique avec l'opération faite *in calatis comitiis*, on sera frappé des analogies qui existent entre elles. L'affatomie est un contrat par lequel un disposant se crée un héritier artificiel [1]. C'est un acte essentiellement entre vifs constituant l'équivalent du testament inconnu et destiné à y suppléer. La loi ripuaire [2] autorise le même contrat, mais elle supprime l'intermédiaire de transmission prévu dans la procédure de la loi salique ; en revanche, elle définit l'affatomie une *adoptio in haereditatem*. Il est évident qu'il ne s'agit là nullement d'une adoption dans le sens romain, attendu que l'opération ne tend pas à créer des rapports de filiation, mais uniquement à régler des intérêts patrimoniaux et successoraux. L'affatomie n'était permise qu'en l'absence de descendants ; la loi ripuaire le dit expressément, la loi salique le laisse visiblement entendre ; cela résulte aussi de la comparaison avec les autres *Leges*. Le cérémonial qui entoure cette procédure rappelle nettement les solennités de l'acte comitial. La collaboration du disposant et de l'autorité publique est manifeste.

La première phase de l'opération a lieu dans le *Mallum indicatum*, c'est-à-dire dans l'assemblée des hommes de la tribu. Là, le disposant jette une paille symbolique dans le sein d'un tiers, qui servira d'in-

[1] *Heusler*. « Institutionen des Deutschen Privatrechts ». T. II, p. 622. « Sich einem Leibeserben künstlich schaffen. »

[2] *Peyré*. Titre 50. — Si quis procreationem filiorum, vel filiarum, non habuerit, omnem facultatem suam in præsentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro seu cuicumque libet de proximis vel extraneis, adoptare in hæreditatem, vel in adfatimi, per scripturam seriem, seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem ripuariam licentiam habeat.

termédiaire de transmission, en lui indiquant les objets dont il entend lui faire donation et le nom du bénéficiaire définitif auquel il devra remettre les biens. Dans la seconde phase, l'intermédiaire va s'installer dans la demeure du donateur où il donne l'hospitalité à trois personnes, montrant par là qu'il est entré en possession effective des choses qu'il devra transmettre à l'adopté comme héritier. Enfin, la troisième phase se poursuit dans le *Mallum legitimum* ou royal [1]. Avant l'expiration d'un délai de douze mois, le tiers transférera au destinataire qui lui a été désigné, et par la même procédure symbolique du jet de la paille, tout ce qu'il a reçu *nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est.*

Trois témoins assistent à chacune de ces opérations, soit au total neuf témoins dont la mission consistera à affirmer, en cas de contestation, que la procédure a été régulièrement observée.

On voit par les complications tortueuses de cet acte en trois parties combien il était difficile à une époque où le principe du *Nullum testamentum* existait encore, de disposer de ses biens pour après sa mort. Mais il est plusieurs points sur lesquels les auteurs sont divisés. Si, à la vérité, les textes ont permis de reconstituer assez exactement les formalités de l'affatomie, en revanche la critique moderne n'est pas encore parvenue à fixer le sens qu'il faut attribuer aux mots *ante duodecim menses*, la nature du droit conféré à l'intermédiaire ni le motif de l'intervention de ce dernier.

1° Le point de départ du délai de douze mois fixé pour la retranslation des biens doit-il être compté du jour de la mort du disposant ou dès l'accomplissement de la première cérémonie dans le *Mallum indicatum*?

[1] *Heusler*. II, p. 624.

Geffcken [1] et Heusler [2] se sont attachés à démontrer que ce délai ne pouvait partir que du jour de la mort du donateur, et Viollet considère cette opinion comme une conjecture « infiniment vraisemblable [3] ». Mais la critique la plus récente tend à infirmer cette manière de voir ; elle envisage que rien dans les textes ne permet de conclure dans le sens de Heusler et qu'il est au contraire fort probable que l'opération de retranslation se faisait dans les douze mois dès la première cérémonie, c'est-à-dire du vivant même du donateur [4]. Les motifs invoqués à l'appui de cette opinion, notamment par Caillemer dans sa remarquable et si vaste étude sur les « Origines et le Développement de l'Exécution testamentaire », nous portent à croire que ce point de vue est juste.

2° En ce qui concerne la nature du droit conféré à l'intermédiaire, à celui qu'on désigne en général sous le nom de *Salmann* bien que ce mot n'apparaisse dans les sources que plus tard, il est évident qu'il s'agit d'un véritable droit réel [5]. L'affatomie opère en effet dans la sphère des droits réels ; une tradition est nécessaire. Pour que le *Salmann* puisse remplir sa mission, c'est-à-dire transférer la propriété au bénéficiaire définitif, il a dû recevoir lui-même du *tradens* un droit suffisant, un pouvoir direct sur les biens qui donnent lieu à l'affa-

[1] « Lex salica ». Leipzig, 1898, p. 179.

[2] Ibid. I, p. 215-217.

[3] « Histoire du Droit civil ». Edit. 1905, p. 922, note 2.

[4] *Auffroy*. Op. cit., p. 150. — *Caillemer*. Op. cit., p. 39. — *Lambert*. Op. cit., p. 52. — Contra : *Heusler*. « Institutionen ». I, p. 215. *Schupfer*. « Thinx e affatomia », p. 34. *Geffcken*. Op. cit., p. 179.

[5] *Salvioli*. « Manuale di Storia del Diritto Italiano ». Turin, 1903, p. 366 et 453. — *Schrœder*. « Deutsche Rechtsgeschichte ». Leipzig, 1894, p. 330. « Der zweite Akt war die sessio triduana des Salmannes im Hause des Erblassers, *um jenem die Gewere zu übertragen*. — Cfr. *Caillemer*, p. 32 et seq.

tomie. Par le fait de la retranslation, le bénéficiaire est vis-à-vis du disposant dans la situation d'un héritier du sang. L'affatomie confère à ce donataire une vocation définitive à la succession sans pour cela que le disposant se dépouille immédiatement ni que l'*adoptatus in heredem* entre aussitôt en jouissance effective des biens. — Comme l'acte *calatis comitiis*, l'affatomie a pour résultat la création de la vocation successorale; l'une et l'autre opération créent un droit ferme à succéder en faveur du gratifié. Mais l'acquisition de ce titre nécessite l'intervention de l'autorité politique chez les Francs, du pouvoir religieux à Rome.

L'affatomie paraît essentiellement irrévocable. On ne ne saurait en effet concevoir qu'un droit réel une fois conféré puisse être retiré par la seule volonté du disposant. La situation du destinataire définitif est donc exactement comparable à celle de l'héritier sien et nécessaire du droit romain. Les formalités d'investiture accomplies, sa position est inexpugnable.

3° Mais pourquoi cet intermédiaire? Les explications les plus diverses ont été proposées mais aucune ne parait satisfaisante. L'opinion qui nous parait la plus acceptable est fondée sur cette considération que l'intervalle qui sépare les deux phases extrêmes de l'affatomie constitue un délai d'attente au cours duquel, grâce à l'intervention du Salmann, les parents du disposant, les *vicini*, avertis par la publicité de l'acte fait dans le *Mallum indicatum*, pourront faire valoir, le cas échéant, leur droit d'oppositon; « *et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit* », dit le texte de l'art. 46 de la loi salique[1].

L'affatomie salienne a tendu dans son évolution vers

[1] *Caillemer*. Op. cit., p. 43. — *Auffroy*. Op. cit., p. 159. — Contra *Geffcken*. « Lex salica », p. 181. *Dareste*. « Etudes d'histoire du Droit », p. 407.

des formes de plus en plus simples, mais elle est toujours restée un acte entre vifs. Dans la loi ripuaire qui, on l'a déjà dit, a été rédigée postérieurement à la loi salique dont elle emprunte une grande partie des dispositions, l'intermédiaire a disparu. Cette disparition est consacrée dans la loi salique par le Capitulaire additionnel de Charlemagne de 819. cap. X : *De affatomie dixerunt quod traditio fuisset. De hoc capitulo judicatum est, ut sicut per longam consuetudinem antecessores eorum facientes habuerunt ita et omnes qui lege salica vivunt, inantea habeant et faciant*[1]. Mais il n'en reste pas moins certain que la loi exigeait à l'origine l'homologation de l'acte affatomique par l'assemblée judiciaire.

Il en est de même du thinx lombard, proche parent de l'affatomie avec laquelle il présente des analogies de formes frappantes. Dans sa structure primitive, le thinx comportait aussi l'emploi d'un intermédiaire nommé Geisel ou Gisel[2]. Devant l'assemblée populaire, le testateur faisait donation de ses biens à un tiers qui devait les transmettre à un héritier qui était désigné en termes solennels. En principe, le thinx n'était autorisé qu'aux personnes privées de fils. C'était donc une disposition pour cause de mort, faite entre vifs et nécessitant l'intervention du pouvoir public en présence duquel l'homologation de l'acte devait avoir lieu. Comme l'affatomie, l'opération aboutissait à une institution contractuelle d'héritier. Mais l'intermédiaire disparut de bonne heure.

[1] *Geffcken*. Op. cit., p. 89. — *Behrend*. « Lex salica », p. 115.

[2] *Salvioli*. Op. cit.. p. 454. — *Caillemer*. Op. cit., p. 33. — *Auffroy*. Op. cit., p. 159. — *Pertz*. « Monumenta Germaniæ Historica », IV. Edit de Rotharis. 172. « Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse sed ante liberos homines ipsum garethinx faciat, quatinus qui thingat et qui Gisel fuerint liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intencio. »

Le droit conféré au gratifié était un droit réel héréditaire sur la succession du disposant. L'héritier désigné avait la place d'un fils, c'est-à-dire d'un héritier sien et nécessaire. Ce qui le prouve, c'est qu'il était interdit d'enlever la situation faite à l'héritier par un second thinx [1]; que les causes d'exhérédation à l'égard de celui-ci étaient les mêmes qu'envers les fils [2], et enfin, que le thinx était anéanti par la survenance d'un fils légitime [3]. Et ce qui démontre bien aussi que le thinx conférait un droit réel actuel et irrévocable au bénéficiaire c'est que celui-ci devenait co-propriétaire des biens du donateur dès l'accomplissement des formalités, *hic et nunc, a die praesenti*, et qu'il pouvait s'opposer à tout acte de disposition de la part du thingans [4].

[1] *Pertz*. « Monumenta Germaniæ Historica Legum ». IV. — *Edit de Rotharis :* 174. « Non liceat donatori ipsum thinx quod antea fecit iterum in alium hominem transmigrare : tantum est ut ille qui garethinx susceperit tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingratii filii parentibus suis facere, per quas exheredantur, quæ in hoc edicto scriptæ sunt ».

[2] *Edit de Roth.* 168... « Si filius contra animam aut sanguinem patris insidiatus aut consiliatus fuerit, aut si patrem percusserit voluntarie, aut si cum matrinia sua id est noverca peccaverit, juste a patre exheredetur. »

[3] Ibid. 171. « Si quis se desperavit, aut propter senectutem aut propter aliquam infirmitatem corporis filios non posse habere, et res suas alii thingaverit, postea que eum contigerit filios legitimos procreare, omne thinx, *quod est donatio*, quod prius facerat rumpatur, et filii legitimi unus aut plures, qui postea nati fuerint, heredes in omnibus patri succedant. »

[4] Ibid. 173. « Si quis res suas alii thingaverit et dixerit in ipso thinx : lidinlaib, id est quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat res ipsas postea doloso animo, nisi fruatur eis cum ratione. Et si talis ei evenerit necessitas, ut terram cum mancipiis aut sine mancipiis vendere aut loco pigneris ponere debeat, dicat prius illi cui thingavit : « Ecce vides, quia necessitate compulsus res istas vado dare ; » si tibi videtur, subveni michi, et res istas conservo in tua potes- » tate. » Tunc, si noluerit ei subvenire, quod alii dederit sit illi stabile et firmum qui acceperit. »

Sans doute, on ne trouve pas trace d'un tel *Beispruchsrecht* au profit du gratifié dans le droit romain ; c'est là une particularité résultant de la nature de la propriété germanique[1]. Mais il n'en reste pas moins qu'au point de vue de leur structure juridique, l'affatomie franque et le thinx lombard présentent des ressemblances fort curieuses avec l'acte comitial et qu'à leur parenté de formes a certainement dû correspondre une parenté d'effets. Il est en tout cas frappant de constater qu'à une époque où ni le droit franc, ni le droit lombard, ni le droit romain ne connaissaient le testament en tant qu'acte unilatéral et personnel, c'est à une procédure contractuelle produisant des effets immédiats et définitifs qu'on a recouru pour en réaliser l'équivalent. Ces opérations tendent toutes trois à la création de successeurs artificiels. Mais ceux-ci ne puisent pas leur titre dans la seule volonté du disposant; l'intervention de l'autorité politique ou religieuse est en outre nécessaire pour leur conférer l'aptitude à succéder qui leur permettra d'entrer dans les biens du *de cujus*. C'est donc par le moyen d'actes entre vifs que, dans les milieux où le testament était inconnu, on a cherché à atteindre le but poursuivi plus tard par cet acte.

Comme dans le droit ripuaire et dans le droit lombard, l'intermédiaire de l'affatomie disparut de bonne heure et l'affatomie elle-même perdit son caractère particulier.

Mais bientôt on vit réapparaître des intermédiaires dans la transmission des droits réels et, vers la fin du VIIIme siècle, les opérations en vue de la mort se font sous la forme de donations par Salmann. C'est là l'origine de l'exécution testamentaire et de la Treuhand germanique. Le disposant remet ses biens à un tiers qui,

[1] *Heusler*. I, p. 227. — *Caillemer*. « Saisine et propriété. Op. cit., p. 336.

après le décès de son commettant, les transfèrera à son tour au bénéficiaire définitif. Comme le dit très justement Auffroy, « le motif de cette complication se découvre de lui-même : on veut par deux actes entre vifs, remplacer un acte à cause de mort dont la coutume ne reconnait pas la validité[1]. » Le droit conféré au Salmann pour l'exécution de sa mission est un droit réel ; c'est le droit à la saisine. L'opération comporte donc une double tradition. Les textes diront en effet en parlant de l'intermédiaire: «il fait tradition du bien dont on lui a fait tradition pour qu'il en fasse tradition[2]». Tous ces actes de transfert de droit réel se font en la forme solennelle. En France, c'est également par des procédés entre vifs que se font les dons à l'Eglise, *ad piam causam*, et les dons en vue de réparer les injustices, torfaits.

Ainsi on le voit, tant que le droit germanique est resté réfractaire à l'admission du testament romain, c'est-à-dire jusqu'à la Renaissance du droit romain en Allemagne au XVIme siècle, les modes de disposition en vue de la mort ont consisté en opérations entre vifs telles que l'affatomie, les institutions contractuelles d'héritiers: *Erbverträgen*, les associations successorales: *Erbverbrüderungen* de la noblesse allemande, les conventions matrimoniales réciproques : *wechselseitige Erbeinsetzungsverträge*, *Ehestiftungen*[3], les donations *post obitum* et *reservato usufructu*, l'exécution testamentaire et l'exécution entre

[1] *Auffroy*. Op. cit., p. 209 et seq.

[2] *Beseler*. « Die Lehre von der Erbvertrægen ». I. p. 278. « Ego... M. dono atque trado in elemosinam H traditumque in perpetuum esse volo, quicquid ille ad huc vivens mihi tradidit ad tradendum ad monasterium. » — *De Rozières*. « Recueil général des Formules. Paris, 1871.

[3] *De Rozières*. « Formules », n°° 245-253.

vifs, les *Hereditoriae et Epistolae*[1], les libéralités au lit de mort portant sur des biens particuliers[2], etc.

L'affatomie et le thinx ont souvent été comparés au testament *per aes et libram* première manière, ou plutôt l'intermédiaire de l'opération affatomique a été fréquemment assimilé à l'*emptor familiae* de l'acte mancipatoire romain. On admet généralement aujourd'hui que l'*emptor familiae* est une sorte d'exécuteur testamentaire[3]. Cette forme du testament romain constitue en effet un acte de transmission de biens entre vifs. Pourtant des différences profondes caractérisent le rôle joué respectivement par chacun de ces personnages et la plus importante est que la *mancipatio familiae* n'a pas pour effet de créer un héritier mais un successeur aux biens, tandis que l'affatomie crée au contraire, dans la personne, non pas de l'intermédiaire, mais du destinataire définitif, un véritable héritier, ce qui se révèle déjà par l'emploi des expressions *heredem appellare, in hereditatem adoptare, fortunam deputare*[4]. D'autre part, si l'affatomie excluait, ensuite de l'accomplissement des solennités, toute possibilité de révocation, toute faculté de repentir, il n'apparait pas qu'il en ait été de même dans l'acte dit testament mancipatoire, car en définitive, *l'emptor familiae* n'étant qu'un acquéreur fiduciaire, ce que le disposant mancipait à celui-ci pouvait, semble-t-il, être remancipé au disposant

[1] *De Rozières.* « Formules. ». 132. — *Auffroy*, p. 215.

[2] *Auffroy*, p. 340. — *Chaisemartin.* « Proverbes et Maximes du droit germanique. Paris 1891, p. 425 et seq.

[3] *Gaïus.* II, 103. — *Dareste.* Op. cit., p. 406. — *Schulin.* « Lehrbuch », p. 459. — *Sohm.* « Instit. », p. 432. — *Cuq.* Op. cit., p. 297 et 520. — *Girard.* « Manuel », p. 780.

[4] *Heusler.* II, p. 624. — *Caillemer.* Op. cit., p. 37.

sur sa demande[1]. En outre, contrairement à ce qui se passait dans l'affatomie où les trois phases de l'opération avaient lieu la plupart du temps du vivant du tradens, *l'emptor familiae*, lui, ne devait procéder à la mancipation définitive au gratifié qu'à la mort du disposant. En effet, il est fort probable que le mancipans ne se dépouillait pas de son vivant en faveur de *l'emptor familiae* mais que l'acte consistait uniquement en une opération fiduciaire. Ce que le disposant transférait c'était la propriété, mais il retenait bien certainement à lui la possession des choses mancipées pour en jouir jusqu'à sa mort, ce qui lui permettait de retarder jusqu'à ce moment-là les effets de la mancipation. Le *familiae emptor* n'était ainsi qu'un intermédiaire investi, en vertu de la mancipation, d'un droit qui lui donnait la possibilité de remplir sa mission[2]. « La *mancipatio familiae*, dit Lambert[3], n'avait d'autre raison d'être que de conférer à l'emploi l'aptitude à accomplir, après la mort du disposant, les mancipations et les traditions sérieuses et définitives que ce dernier ne s'était pas résigné à opérer de son vivant et qui, pourtant, étaient indispensables pour faire passer aux véritables destinataires la propriété des biens objets de la libéralité. La *mancipatio familiae* ne calquait que très imparfaitement les effets de la dispo-

[1] *Accarias.* « Précis », p. 799. — *Lambert.* Op. cit., p. 52. — *Appleton.* Op. cit., p. 114. — *Cuq.* « Recherches historiques sur le Testament *per aes et libram.* Nouvelle Revue historique. », 1886 p. 555. — Contre la révocabilité : *Ortolan.* II, 445 ; et la majorité des romanistes. Ortolan part de l'idée, selon nous erronée, que l'*emptor familiæ* était un héritier. *Voigt.* « XII Tafeln ». I, p. 74. *Sumner-Maine.* « L'ancien Droit », p. 195. « Le familiæ emptor *étant héritier*, savait... », etc.

[2] *Sohm.* Op. cit., p, 432. « Der familiæ emptor soll nur formell, nicht materiell Eigenthümer des Nachlasses sein. »

[3] Op. cit., p. 48.

sition *in comitiis*; elle ne contenait pas d'institution d'héritier proprement dite... »

Ainsi, on le voit, l'acte mancipatoire a son correspondant, dans le droit germanique, non pas dans l'affatomie, comme on le croit généralement en partant d'analogies trompeuses avec l'emploi d'un intermédiaire, mais bien dans l'exécution testamentaire du Moyen Age, dans la Treuhand. Le mécanisme de l'exécution testamentaire est presque identique à celui de la *mancipatio familiae*. L'intermédiaire est en effet investi, dans l'une et l'autre opération, de droits sur les biens du disposant et si celui-ci entend revenir sur ses dispositions, il peut le faire sans le consentement des véritables bénéficiaires, mais non pas sans celui de l'intermédiaire de transmission. La fonction du *Treuhänder* germanique est exactement comparable à celle du *familiae emptor* romain. C'est l'exécution testamentaire qui a favorisé la renaissance du testament et qui lui a frayé les voies; de même c'est la *mancipatio familiae* qui a servi de transition entre l'acte entre vifs passé devant les Pontifes et le peuple et le véritable testament n'exigeant plus l'intervention d'aucune volonté étrangère. Lorsque *l'emptor*, comme l'intermédiaire de l'exécution testamentaire, ne jouera plus que le rôle de simple témoin, lorsqu'il n'acquerra plus aucun droit et qu'il n'assistera plus à l'opération que pour la forme, *dicis gratia*, et en imitation des anciens usages, *propter veteris juris imitationem*, lorsqu'enfin la *nuncupatio* sera devenue vraiment une déclaration génératrice de droits à la mort du disposant, alors seulement la volonté de ce dernier sera unilatérale et personnelle, c'est-à-dire ambulatoire jusqu'à la mort. Non, le type de l'acte de disposition pour cause de mort correspondant à l'affatomie franque et au thinx lombard

n'est pas le testament *per aes et libram* mais l'acte comitial. Voilà ce que nous apprend le droit comparatif et l'étude simultanée de la structure juridique et de la fonction sociale des institutions qui ont précédé l'apparition du testament et qui ont cherché à réaliser les mêmes effets alors qu'il n'existait pas encore.

Viollet a émis l'idée, mais à titre purement conjectural, que l'acte comitial comportait lui aussi un intermédiaire[1]. S'il en était ainsi, il y aurait alors identification absolue entre l'affatomie et l'acte comitial. Nous ne pensons pas que cette opinion soit juste. En effet, dans l'acte comitial, qui est certainement la forme la plus ancienne de disposition en vue de la mort et qui a sans doute existé bien avant la *mancipatio familiae*, l'intermédiaire aurait été inutile puisqu'il ne s'agissait pas de distribuer des biens mais de créer simplement un successeur aux *sacra*. En tant que mode de disposition *intuitu mortis*, l'acte mancipatoire, dans sa forme primitive déjà, semble accuser une évolution plus marquée des institutions juridiques romaines : l'idée économique, par opposition à l'idée religieuse, s'y révèle d'une façon très nette. Il appartient donc à une période déjà avancée du développement de la notion de propriété et de patrimoine. D'autre part, le projet de contrat conclu entre le père de famille et le futur successeur — projet qui doit être soumis à l'approbation des Pontifes et de l'assemblée populaire — exclut la nécessité d'un intermédiaire, à moins qu'on n'envisage le peuple, hypothèse absolument paradoxale et invérifiable, comme jouant en quelque sorte le rôle d'un intermédiaire. Il n'est pas nécessaire de cette conjecture de Viollet pour expliquer le rapport de parenté qui existe entre

[1] « Histoire du Droit civil ». Edit de 1905, p. 952, note 3.

l'acte comitial et ses correspondants du droit franc et du droit lombard. Le lien qui les rattache les uns aux autres au point de vue de l'ethnologie juridique est suffisamment prouvé déjà par l'ordre d'apparition de ces procédés de disposition et par leur réception dans les systèmes de de droit auxquels ils appartiennent. Ainsi que nous l'avons vu, leur technique respective constitue la révélation de leur parenté : c'est en effet par le moyen de l'homologation de l'autorité religieuse, puis de l'autorité judiciaire ou politique, que le disposant verra sa volonté se réaliser, et c'est aussi dans la nature du droit conféré au gratifié, du vivant déjà du disposant, que se manifeste leur communauté de but et de fonction économique et sociale. Les actes primitifs revêtent d'ailleurs un caractère nettement public tandis que la *mancipatio familiae*, comme l'exécution testamentaire du Moyen Age et la Treuhand germanique, apparaissent comme des actes purement privés.

Enfin, s'il nous fallait encore donner des preuves, soit de cette parenté entre les divers procédés entre vifs employés, dans les milieux primitifs, pour suppléer à l'absence du testament, soit dans l'antériorité du contrat, *Erbvertrag*, en vue de réaliser une nomination de successeur (*calatis comitiis*) ou une institution d'héritier (affatomie et thinx), nous les rechercherions dans les curieuses survivances laissées après eux par ces régimes dans certaines législations encore en vigueur de nos jours. L'homologation par l'autorité publique des dispositions de dernière volonté du vivant du testateur est encore pratiquée dans les petits cantons de la Suisse centrale. D'autre part, sous l'empire de plusieurs de ces coutumes, le testateur ne peut disposer de certains de ses biens que moyennant le double consentement de ses

héritiers présomptifs et de l'autorité judiciaire ou politique[1]. C'est ainsi qu'à *Einsiedeln*, le père ne peut disposer de ses immeubles par contrat successoral qu'avec l'assentiment de ses enfants. Par testament, il peut disposer de ce qu'il a personnellement gagné mais sous réserve de la ratification du Tribunal. Dans les districts de Schwyz, Gersau et Küssnacht, le testateur ne peut disposer de ses biens autres que le *ererbtes Kapitalvermögen*, qui est indisponible, qu'avec le consentement de l'autorité et des héritiers présomptifs. « La conséquence, dit Lardy, est qu'on ne fait pas de testaments et qu'on a recours aux donations entre vifs[2]». L'autorité d'approbation est le Tribunal de district.

A *Nidwald*, le *Erhaustes Gut* ne peut faire l'objet d'une disposition testamentaire que jusqu'à concurrence d'un dixième, et le *ererbtes Vermögen* jusqu'à concurrence d'un vingtième en cas de postérité[3], cela à la vérité sans ou même contre la volonté des héritiers. Si la disposition dépasse cette quotité ou si elle se rapporte à des biens hérités par le testateur, *ererbtes Gut*, les héritiers présomptifs doivent être cités devant le Tribunal, *Geschwornengericht*[4]. Le testateur peut porter ses dispositions de dernière volonté à la connaissance de ses héritiers et les faire confirmer par le *Obergericht*. Le juge se borne à trancher la double question de savoir si

[1] *Huber*. « System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes ». II, 260. — *Lardy*. « Les Législations civiles des cantons suisses », p. 263. — *Lambert*. Op. cit., p. 45.

[2] Op. cit., p. 198 et 199. Ce renseignement nous a été confirmé par un homme de loi du pays.

[3] « Coutume de Nidwald ». Art. 240a.

[4] *Lardy*. Op. cit., 263. Le Geschwornengericht est aujourd'hui remplacé par le Obergericht. — « Coutume de Nidwald ». Art. 237 à 245.

les formes légales du testament ont été observées et si le testateur n'a pas dépassé la quotité disponible. A ces conditions, il décide que le testament entrera en force après la mort du disposant.

Plus précise que celle d'Obwald, la coutume de Nidwald a rajeuni et modernisé ses prescriptions lors de la codification de la partie relative au droit de succession[1]. Pourtant, certaines dispositions révèlent encore nettement des survivances de l'ancien état de choses. Ainsi, la révocation d'un testament qui, à raison de l'importance des legs ou d'autres motifs, a été confirmé judiciairement, doit faire l'objet d'une déclaration du testateur dans les protocoles du greffe du Tribunal[2]. Au surplus, toute modification dans le contenu d'un testament doit être faite dans la même forme que celle prévue pour la confection.

A *Obwald*, sous le régime de la coutume de 1810, l'autorité à laquelle le testament était soumis en vue de l'autoriser, devait apprécier si les dons faits par le disposant pour causes pieuses et pour réparer les torts qu'il avait pu faire durant sa vie, restaient dans des limites équitables. Toute disposition ayant un autre but et qui dépassait cinq livres devait être soumise à l'approbation du Landammann, à peine de nullité. Le consentement des héritiers était d'ailleurs requis.

Actuellement, le testament doit, dans tous les cas, être soumis au *Regierungsrat* qui le porte officiellement à la connaissance des héritiers présomptifs, tout en leur impartissant un délai de six semaines et trois jours pour

[1] Loi du 22 février 1859.

[2] Art. 243. « Abænderung oder Widerruf der Testamente ». Cfr. *Lardy*. Op. cit., p. 264.

l'attaquer, le cas échéant, par la voie légale[1]. Si durant ce délai aucune réclamation ou opposition n'est formulée de la part d'un héritier, le testament entre en force définitivement, *erwächst definitiv in Rechtskraft* dit le § 7, du Titre 6, *Testamentsrecht*, de la coutume d'Obwald[2]. Si au contraire il surgit une opposition, celle-ci est soumise à l'autorité judiciaire qui prononce sur la validité du testament après avoir entendu les intéressés[3].

Dans la règle, le *Ererbtes Vermögen* ne peut faire l'objet d'aucune disposition de dernière volonté. En revanche, le testateur peut disposer des biens qu'il a personnellement acquis, *erhausetes Vermögen*. En cas de difficultés entre intéressés, le Juge prononce, *ex aequo et bono*, en tenant compte des circonstances, de la situation de fortune du testateur, de celle de ses héritiers, tout spécialement de leur état d'indigence, le cas échéant des services rendus par des tierces personnes au disposant[4], etc... Ainsi, on le voit, les héritiers présomptifs peuvent faire valoir leur droit d'opposition et l'homologation du testament rend seule les dispositions valides et définitives. Nous nous imaginons qu'à Rome les Pontifes et l'assemblée curiate ne procédaient pas autrement.

Dans le canton d'*Uri*, la matière des testaments est actuellement régie par la loi du 4 mai 1873. Auparavant, celui qui voulait léguer plus que la quotité disponible (5 florins) « était tenu de porter son testament à la

[1] « Landbuch », III, p. 202 et 203. — *Lardy*. Op. cit., p. 276.

[2] Décision du Conseil d'Etat du 10 juin 1901.

[3] §§ 8 et 9. T. 6.

[4] Il résulte des renseignements que nous nous sommes procurés sur place que les testaments attaqués devant le Tribunal, du vivant du testateur, sont nombreux. Afin d'éviter toute difficulté, les disposants procèdent généralement par voie de donations entre vifs.

connaissance de ses héritiers et de les citer devant le Tribunal qui avait à apprécier leurs objections, et s'il y avait lieu, à confirmer le testament qui entrait en force après le décès du testateur[1] ».

Notons enfin que les testaments de ces coutumes n'ont pas pour but de créer des héritiers mais simplement de faire des legs, *Vermächtnisse*, ce qui démontre leur origine germanique.

Ce contrôle de l'autorité publique sur les dispositions pour cause de mort, du vivant du testateur, est évidemment une réminiscence du rôle joué à l'origine par l'assemblée populaire. L'homologation judiciaire a pour résultat pratique de régler immédiatement toutes les difficultés qui pourraient surgir après la mort du testateur. Elle valide les dispositions prises par celui-ci et les rend définitives. Or, nous avons vu que c'était là aussi un des motifs de la soumission du projet de contrat passé entre le *paterfamilias* romain et son futur successeur au Collège des Pontifes et du peuple. C'est donc à tort, selon nous, qu'on a prétendu que le contrôle consacré par ces coutumes répond à un tout autre ordre d'idées[2]. Sans doute, il n'est guère possible d'identifier cette homologation judiciaire à la procédure solennelle de l'opération comitiale. Mais c'est là évidemment un dernier vestige du temps où l'acte pour cause de mort se faisait entre vifs et nécessitait par conséquent un cérémonial spécial, vestige que ces coutumes ont pieusement conservé et dont elles n'ont pas réussi à se débarrasser alors pourtant que l'admission du testament comme acte unilatéral et la sauvegarde des intérêts que cette homologation *ante*

[1] *Lardy*, p. 284 et 285.

[2] *Appleton*. Op. cit., p. 108, note.

mortem était destinée à protéger n'en nécessitaient plus le maintien sous cette forme. Qu'on n'oublie pas non plus que les opérations telles que l'acte comitial, l'affatomie et le thinx ont tendu vers une simplification toujours plus accentuée des formes dont elles étaient entourées et que de contentieuse qu'elle était la juridiction d'homologation est devenue peu à peu purement gracieuse. Bien plus, la nécessité de l'intervention de l'assemblée a finalement disparu, dans les coutumes franque et lombarde lors de l'apparition des exécuteurs entre vifs et des exécuteurs testamentaires, et à Rome lors de la promulgation de la fameuse règle *Uti legassit... ita jus esto*. La romanistique moderne admet en effet que l'intervention des Pontifes et du peuple dégénéra en une pure formalité et que le rôle de l'assemblée ne consista plus qu'à prendre acte des prétendus testaments qui lui étaient soumis[1]. Or, l'acte comitial, même rendu plus facile par la suppression du contrôle, disparut de bonne heure et, comme le dit Gaïus, céda la place au testament *per aes et libram* pour lequel certes il n'a jamais été question d'une intervention pontificale et populaire. Quelle que soit en effet l'origine de la présence des cinq témoins[2] qui participaient à l'acte à côté du *libripens*, de *l'emptor familiae* et du disposant, il est bien certain que ceux-ci n'ont jamais eu pour mission d'approuver l'opération, de donner un consentement quelconque ; ils y figurent autant *ad probationem* que *ad solemnitatem* ; à cela se réduit leur rôle.

[1] *Accarias.* « Précis », p. 798. — *Girard.* « Manuel », p. 776. — *Cuq.* « Institutions », p. 520. — *Lambert.* Op. cit., p. 43. — *Appleton.* Op. cit., p. 75.

[2] *Jhering.* « Esprit du droit romain. » Trad. de Meulenaere. T. I, p. 142. — *Lambert.* Op. cit., p. 81.

Mais si l'innovation introduite par l'*Uti legassit* a eu pour but de dépouiller les Pontifes et le peuple de leur droit d'approuver ou de rejeter le projet de contrat successoral, les formes même de l'acte sont bien certainement restées celles d'une opération entre vifs. La réforme n'a pas eu pour effet de transformer l'acte passé devant les comices en un véritable testament, c'est-à-dire d'en faire un acte unilatéral et personnel dans lequel la volonté exprimée par le disposant restera ambulatoire jusqu'à la mort de celui-ci [1]. Le prétendu testament comitial continuera sans doute à se faire devant les curies assemblées mais il sera affranchi de toute surveillance, de tout contrôle. L'homologation des comices est ainsi devenue un simple enregistrement impossible à refuser, un *testimonium* [2]; le vote d'une *rogatio* proposée par les Pontifes n'est plus nécessaire, parce qu'il n'y a plus de *rogatio*. Nous verrons du reste plus loin quelle réforme la promulgation des XII Tables a opérée dans les droits du père de famille.

Mais l'opération comitiale et la *mancipatio familiae* ont coexisté côte à côte pendant un certain temps. L'une n'est pas dérivée de l'autre ; en d'autres termes l'acte mancipatoire n'a pas été la continuation de l'acte comitial. Gaïus [3] nous apprend, il est vrai, que *dans la suite*, — c'est-à-dire postérieurement au testament fait devant les comices et au testament *in procinctu* — on établit un troisième mode de disposition qui se faisait au moyen d'un lingot d'airain et d'une balance : *qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat,*

[1] *Accarias.* « Précis », p. 798, note 1. — *Lambert.* Op. cit., p. 43.

[2] *Appleton.* Op. cit., p. 62.

[3] II, 102.

quid cuique post mortem suam dari vellet ; quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia mancipationem peragitur. Il résulte donc du récit de Gaïus que l'acte comitial présentait de sérieux inconvénients. Celui qui, en effet, était pressé par une mort imminente, n'avait aucune possibilité de se choisir un successeur en dehors des deux jours pendant lesquels l'assemblée populaire recevait les testaments. Le citoyen romain a dû donc aspirer à d'autres formes de dispositions. A ne considérer que le texte de Gaïus, il semblerait que le testament mancipatoire est postérieur aux deux autres formes. D'autre part, Gaïus [1] nous apprend encore que celles-ci tombèrent en désuétude et qu'on ne conserva que le testament mancipatoire, ordonné d'ailleurs de son temps autrement qu'autrefois. Enfin, il semble résulter d'un texte déjà cité de Cicéron [2] qu'à l'époque du procès de Galba, qui eut lieu en 605, le testament comitial n'existait plus puisqu'il n'est fait mention que du testament *in procinctu* et de celui *per aes et libram*. On doit donc se demander quelle est l'opération que la règle *Uti legassit* a eu pour but de valider. Est-ce la *mancipatio familiae?* Est-ce l'acte comitial ?

Sumner-Maine [3] et d'autres auteurs encore pensent que l'*Uti legassit* visait l'opération mancipatoire. Le testament en question, dit Sumner-Maine, est un expédient plébéien, les plébéiens étant privés du droit de tester *in calatis comitiis.* « C'était un transfert entre vifs, une aliénation complète et irrévocable [4] de la famille et des biens du testateur au profit de celui qu'il dési-

[1] II, 103.

[2] « De Oratore ». I, 53.

[3] « L'Ancien Droit », p. 192.

[4] On se souvient que l'irrévocabilité de cette opération a été contestée.

gnait comme héritier. Les règles strictes du droit romain ont probablement toujours permis cette aliénation ; mais lorsqu'elle ne devait produire un effet qu'après la mort, on peut avoir disputé sur la question de savoir si elle valait comme testament, sans avoir été approuvée par l'assemblée patricienne. S'il existait sur ce point une différence d'opinion entre les deux classes de la population romaine, elle fut éteinte avec beaucoup d'autres causes de haine par le grand compromis du décemvirat. Le texte de la loi des XII Tables existe encore... Cette loi ne peut guère avoir eu d'autre objet que de légaliser le testament plébéien ».

Nous ne pouvons souscrire à cette manière de voir. Il faudrait en effet admettre que l'acte mancipatoire aurait été le premier testament qu'on eût pu faire sans le contrôle du peuple et des Pontifes, et comme le dit Girard [1], il serait inexplicable que Gaïus n'indiquât pas cet avantage. De plus, il a été organisé par la pratique en profitant abusivement de la règle des XII Tables qu'on lui a étendue par une entorse. Cette règle n'a donc pas été faite pour lui. D'autre part, la loi décemvirale a eu pour but d'accorder l'égalité, le *jus aequum* [2], aux plébéins auxquels le testament *calatis comitiis* n'était pas accessible. Ceux-ci pouvaient, il est vrai, disposer *in procinctu,* tout au moins ceux qui faisaient partie de l'armée. Or, de par les circonstances mêmes, le *testimonium* devait être accordé, dans le testament *in procinctu*, sans qu'aucun contrôle ne fut possible. C'est évidemment dans ce fait que doit être recherchée l'origine de la règle *Uti legassit.* Le *procinctu* est certainement contemporain du *calatis comitiis*. Dès lors, comme le dit Appleton, « par une conséquence inévitable, le contrôle doit

[1] « Manuel », p. 777, note 3.

[2] « Tite-Live ». III, 31, 34.

disparaître de l'acte comitial, autrement il y aurait eu une inégalité choquante. Les hommes plus jeunes faisant partie de l'armée active pourraient librement choisir leur héritier, et les citoyens plus âgés, réduits en général au seul testament comitial ne le pourraient pas [1]? » Cette explication nous paraît fondée.

A l'appui de l'opinion que *l'Uti legassit* vise l'acte *calatis comitiis,* on peut invoquer le caractère archaïque de la formule du testament *per aes et libram:* « *familiam pecuniamque tuam endo mandata tutela custodelaque mea recipio, eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere, et, ut quidam adjiciunt, aeneaque libra esto mihi empta... Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* [2]. » Le mot *endo* remonte visiblement à une haute antiquité. Le *secundum legem publicam* vise évidemment la loi des XII Tables [3]. Enfin, l'appel aux Quirites est une réminiscence certaine du temps où une *rogatio* était adressée au peuple. Tout cela démontre que le testament *per aes et libram* a fait des emprunts au *calatis comitiis* et que dans sa dernière période d'existence celui-ci a opéré une réaction sur l'autre; mais cela prouve aussi que *l'Uti legassit* n'avait pas pour objet de ratifier la *mancipatio familiae,* mais bien l'acte comitial seul [4].

[1] *Appleton.* Op. cit., p. 82.

[2] *Gaïus.* II, 104.

[3] « Textes de Girard ». Table VI, 1. « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ». — *Cicéron.* « De Oratore », I 38 et 57.

[4] Selon Lambert. Op. cit., p. 50 : « les emprunts indéniables faits au formulaire de l'institution calatis comitiis sont venus se greffer très tardivement sur la vente fictive d'hérédité. Ils datent seulement de l'époque où la mancipatio familiæ a perdu sa nature originaire et s'est transformée en un testament. »

Nous nous rallions donc à la manière de voir de la grande majorité des romanistes sur ce point. Toutefois, nous devons réserver la question de savoir s'il est vrai que la règle *Uti legassit* a introduit la liberté absolue de tester, comme le soutiennent presque tous les auteurs, à l'exception, à notre connaissance, de Cuq[1], de Schirmer[2], et de Lambert[3].

Mais quelles ont été alors la nature et la portée de l'innovation introduite par l'*Uti legassit*, tant dans la structure juridique de l'institution *calatis comitiis* que dans la faculté de disposition attribuée, selon la tradition, au père de famille ? C'est ce que nous verrons dans le chapitre suivant.

Nous concluons donc en ce sens qu'avant l'*Uti legassit* l'institution comitiale était un acte purement contractuel et bilatéral, qu'elle nécessitait le double concours, d'une part, du disposant et de son futur successeur et, d'autre part, des Pontifes et du peuple; qu'ainsi la seule volonté du père de famille n'était pas susceptible de créer un successeur *extraneus* à son culte et qu'en conséquence l'opération faite *in calatis comitiis* appartient à l'histoire de la succession contractuelle et ne constitue pas un testament au sens classique; qu'enfin l'*Uti legassit* ne se référait pas à la *mancipatio familiae*, soit parce que celle-ci n'existait pas encore[4] en tant que moyen de disposition *intuitu mortis*, soit parce que, si

[1] « Nouvelle Revue historique ». 1886, p. 540.

[2] Das Familienvermœgen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Rœmern. Zeitschrift des Savigny's Stiftung. Rœm. Abth. II, p. 165 à 180.

[3] Op. cit., p. 34.

[4] *Karlowa*. « Rœm. Gesch. », p. 853.

elle existait comme telle, il ne pouvait avoir aucun effet sur elle.

L'*Uti legassit* n'a visé que le *calatis comitiis* comme la règle *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*[1] n'a été adaptée plus tard qu'au testament *per aes et libram*. En vertu de la tendance vers la simplification des formes, ce dernier testament s'est substitué peu à peu au mode de disposition originaire, *calatis comitiis*, et en a provoqué l'abandon parce qu'il était impuissant à réaliser les effets désirés dans le domaine de la transmission des biens, même après la promulgation des XII Tables. D'autre part, la règle *cum nexum mancipiumque...* adaptée à l'institution en voie d'évolution a permis au testament *per aes et libram* de se dépouiller de son formalisme et de s'acheminer vers le concept qu'une simple déclaration de volonté unilatérale et personnelle faite par le disposant en termes solennels est suffisante pour créer des droits au profit d'un tiers. Cette déclaration, *nuncupatio*, ne devant produire d'effets qu'à la mort du *de cujus*, la volonté exprimée restera en suspens, à l'état de simple projet, du vivant de celui-ci, puisqu'il suffira d'une déclaration faite dans les mêmes formes, mais en sens inverse, pour l'empêcher de se réaliser. Pour sa confection comme pour sa révocation l'acte sera donc vraiment l'expression de la volonté personnelle du disposant ; il ne nécessitera plus l'intervention d'un intermédiaire, mais la présence de ce dernier sera maintenue pour la forme ; les droits conférés ne sont acquis au gratifié qu'à la mort du testateur et le bénéficiaire ne fera connaître son adhésion qu'à ce moment-là par la

[1] « Textes de Girard ». Table VI, 1.

cretio[1]. Ainsi, la volonté du *de cujus* sera vraiment *ambulatoria usque ad vitae supremum exitum* et le testament aura pris naissance.

On le voit par tout ce qui précède, l'acte d'où est sorti le testament moderne n'est pas l'acte comitial, mais le testament *per aes et libram* dont l'évolution et le développement se sont opérés en concurrence de l'autre et qui l'a supplanté tout en lui empruntant cependant certains traits, en imitation des anciens usages. Mais ce n'est aussi que dans le testament *per aes et libram* seconde manière que s'introduisit l'obligation d'instituer un héritier. Jusque là les modes de disposition usités n'avaient pour but que de créer : le *calatis comitiis* un successeur aux *sacra* et à l'administration de la *domus familiaque* du père de famille, la *mancipatio familiae* un successeur aux biens, c'est-à-dire au patrimoine du *de cujus*. Nous l'avons déjà dit, l'acte mancipatoire a un caractère nettement économique. Des renseignements fournis par Gaïus, il résulte que le mancipans peut opérer, pour le jour de sa mort, une véritable distribution de biens, mais à condition de conférer immédiatement des droits au *familiae emptor* afin de lui procurer l'apti-

[1] *Gaïus*. II, 164. « Extraneis heredibus solet cretio dari, id est, finis deliberandi..... » etc.

On remarquera que l'obligation de faire crétion n'est imposée qu'aux héritiers externes, ce qui démontre :

1° Qu'à l'origine il existait bien une copropriété familiale entre personnes soumises à la patria potestas et que cette copropriété dispensait celles-ci de faire un acte quelconque d'adition à la mort du pater familias.

2° Que la crétion est d'origine récente puisqu'elle eut été parfaitement inutile sous le régime de l'acte comitial où le futur successeur devait donner son consentement au projet de contrat de succession.

3° Que la crétion n'a été instituée que lorsque le testament est devenu vraiment un acte ne déployant d'effets qu'à la mort du testateur.

tude à remplir sa mission. La *mancipatio familiae* semble donc appartenir à une époque déjà avancée du développement du droit successoral. Dans la période de sa coexistence avec l'acte comitial, qui reste une opération strictement religieuse, elle apparaît comme un procédé de disposition nettement privé et excluant toute ingérence sacerdotale. Que l'acte mancipatoire n'ait été, à l'origine, qu'un expédient plébéien pour disposer en vue de la mort et qu'en ce sens il ait pu exister déjà avant les XII Tables, cela est possible, nous dirions même probable. Quoi qu'il en soit, il revêt toutes les formes d'une opération entre vifs et bilatérale et appartient par conséquent encore à la succession contractuelle. Le moment où il a pu coexister avec le *calatis comitiis* doit donc correspondre au déclin de celui-ci. Le remplacement de l'un par l'autre a d'ailleurs dû être grandement facilité par les inconvénients que présentait l'opération comitiale qui ne pouvait avoir lieu où et quand on voulait et par l'impossibilité où les Romains ont dû se trouver de l'adapter aux exigences que faisait naître le développement progressif de la vie sociale et économique. On s'expliquerait donc fort bien que les patriciens, frappés des avantages qu'offrait le mode de disposition par mancipation, l'aient admis dans leurs usages à partir du moment où les *sacra* tombèrent en décadence et où l'idée religieuse s'effaçait devant l'idée économique. Vestige du passé, l'acte comitial était destiné à disparaître à côté du testament *per aes et libram* dont il était impuissant à produire les effets.

CHAPITRE III

La règle Uti legassit... ita jus esto.

Nous avons maintenant à examiner la nature et la portée de la réforme introduite par les XII Tables dans le régime successoral, et cela au double point de vue de ses effets sur l'acte comitial quant à sa structure juridique et sur les droits du père de famille.

Voyons tout d'abord les textes. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*[1]. C'est la version donnée par Ulpien [2] ; elle est généralement admise comme exacte. Elle ne concorde guère avec celle des autres auteurs, et tandis que Pomponius, Gaïus et les Instituts lisent *Uti legassit suae rei, ita jus esto,* Cicéron dit *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua, ita jus esto* et la Novelle 22 *Uti legassit quisque de sua re, ita jus esto*[3].

[1] Textes de Girard, p. 14. Table V, 3.

[2] « Regulæ ». 11, 14.

[3] Pour les variantes de l'Uti legassit, voir Textes de Girard, Table V, note 3.

On le voit, toutes ces lectures offrent des divergences en la forme. Elles expriment cependant toutes cette idée qu'en vertu de la règle énoncée le père de famille pouvait disposer de ses biens pour le moment de sa mort, si ce n'est avec une liberté illimitée, tout au moins dans une large mesure. Cette faculté constituerait la *latissima potestas* de Pomponius, et quant au mot *familia*, Gaïus l'explique par cette incidente *id est, patrimonium suum*, c'est-à-dire l'ensemble actif et passif des droits et biens du citoyen romain.

La citation de la table V est complétée par ce texte : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.*

Ainsi donc, d'une part, la règle *Uti legassit* réglerait la succession testamentaire et, d'autre part, l'ordre de succession *ab intestat* ne serait exprimé qu'à titre subsidiaire pour le cas d'absence de testament.

Il y a lieu de relever le fait qu'aucune des variantes ne fournit un renseignement quelconque sur les formes mêmes de l'acte que la règle consacrait. Le fragment est-il complet ? Il est hors de la portée de l'histoire de répondre à cette question, mais il est pour le moins étonnant que le législateur n'ait pas indiqué la nature de l'acte qui était destiné à réaliser le droit ratifié par la formule. Quelle que soit dès lors la version préférable, il n'y a aucune hardiesse à soutenir qu'aucune des versions données par les jurisconsultes classiques n'est exacte, que le texte même de la règle, telle qu'elle a dû être insérée dans le Code décemviral, ne nous est jamais parvenu et que ce que nous en connaissons est incomplet. Qui sait d'ailleurs si l'*Uti legassit* proclamait vraiment la liberté sans limites et si le reste du fragment n'établissait pas des restrictions ?

Nous laissons de côté les théories proposées récemment sur la question de l'authenticité des XII Tables.

De ce que nous savons par les essais de reconstitution moderne de la loi, il ne résulte nullement que l'acte comitial soit devenu, ensuite de la promulgation de celle-ci, un véritable testament quant à sa technique, ni non plus que la liberté de tester ait été introduite dans le droit romain par cette loi. Sans doute, les juristes classiques l'affirment tous avec une unanimité qui déconcerte, mais il est pour le moins douteux qu'ils fussent si bien renseignés sur l'état d'un droit qui a existé bien des siècles avant eux. Pourtant, tous les romanistes anciens et modernes se sont inspirés de leurs déclarations et ont proclamé après eux que dès le Vme siècle déjà de la Fondation les Romains connaissaient non seulement la liberté absolue pour le père de famille de disposer de ses biens, mais encore que l'acte que ratifiait la formule *Uti legassit* était un acte autonome, émanant de la volonté libre du disposant et constituant par conséquent un testament.

Est-ce vrai ? Est-ce seulement vraisemblable ?

Nous pensons que le témoignage des Romains eux-mêmes et des romanistes modernes qui l'admettent ne saurait être accepté sans contrôle.

Quel but ont poursuivi les décemvirs dans leur codification ? Accorder l'égalité à chacun, mettre patriciens et plébeiens sur le même pied devant la loi. D'autre part, qu'ont-ils codifié ? Denys d'Halicarnasse nous apprend que « les décemvirs ont formé des lois sur les mémoires des Grecs et *sur les usages non écrits des Romains,* qu'ils divisèrent ces lois en dix tables et qu'ils les soumirent à la critique de chacun, n'ayant d'autre but que de les rendre du goût de tous les citoyens[1] ». Ainsi donc, ce

[1] *Denys d'Halicarnasse.* X, 57.

qui a fait l'objet de la codification, ce sont les usages non-écrits, la coutume. Les historiens du droit admettent en effet aujourd'hui, avec beaucoup de raison selon nous, que les XII Tables ont été une codification du droit existant et qu'elles contenaient une législation fort peu différente du droit qui fonctionnait depuis des siècles avant elle[1]. Dès lors, il semble bien résulter du dire de Denys d'Halicarnasse que la codification a été elle-même la principale innovation.

Rien ne nous paraît plus faux que cette déclaration de Fustel de Coulanges : « ...Un autre changement plus grave fut celui qui donna à l'homme le pouvoir de tester. Auparavant, le fils était héritier sien et nécessaire ; à défaut de fils, le plus proche agnat héritait ; à défaut d'agnats, les biens retournaient à la gens, en souvenir du temps où la gens encore indivise était l'unique propriétaire du domaine, qu'on avait partagé depuis. Les XII Tables laissent de côté ces principes vieillis ; elles considèrent la propriété comme appartenant, non plus à la gens, mais à l'individu ; elles reconnaissent donc à l'homme le droit de disposer de ses biens par testament... [2] »

Vraiment, nous ne comprenons pas. Comment ! La loi des XII tables aurait laissé de côté ces principes vieillis ? Mais la citation même de la table V démontre que, loin de les exclure, les décemvirs ont au contraire consacré expressément ces principes prétendus vieillis, en ce qui concerne tout au moins la succession légitime. D'autre part, sur quoi se fonde Fustel de Coulanges pour soutenir que c'est en vertu de cette loi que la pro-

[1] *Girard*. Manuel, p. 24. — *Appleton*. Op. cit., p. 85.

[2] « Cité Antique », p. 403.

priété aurait perdu son caractère collectif et familial pour devenir exclusivement individuelle[1]? Nous n'ignorons pas que la liberté de tester suppose nécessairement l'existence de la notion de propriété individuelle. Mais il est fort douteux qu'au moment de la promulgation des XII Tables la propriété romaine fût parvenue à cet état de développement. Quoi qu'il en soit, nous contestons que la liberté de tester soit une innovation ou un résultat de l'*Uti legassit*. Il n'est pas admissible, en effet, qu'au régime successoral antérieur la loi ait substitué un régime diamétralement opposé en rompant brusquement avec les usages anciens et en transformant presque instantanément l'impossibilité primitive de disposer en une liberté illimitée de tester. D'un autre côté, il n'est pas possible de croire sérieusement que le père de famille qui, antérieurement aux XII Tables, était frappé de l'incapacité de se créer librement un successeur en dehors des membres de sa famille, ait pu, subitement, dès l'entrée en vigueur de la loi, être investi des droits les plus étendus sur un patrimoine qui ne lui appartenait pas exclusivement, puisqu'il n'en était que l'administrateur, à la vérité à très larges pouvoirs, qu'il ait pu prendre comme successeur un étranger et régler à sa convenance le sort des siens, c'est-à-dire supprimer d'un mot et par le seul effet de sa volonté toute puissante les droits de ceux qui vivaient sous sa *potestas*. Evidemment, un tel phénomène n'a pu se produire. Les institutions juridiques ou autres, pas plus que la nature, ne font de sauts. L'histoire ne révèle aucun exemple d'une révolution aussi brutale que celle qu'on voudrait découvrir dans la prétendue réforme consacrée par les XII Tables.

[1] Sur cette question, voir *Schirmer*. Loc. cit., p. 175. — *Cuq*. Nouvelle Revue Historique. Loc. cit., p. 540.

Partout et toujours, au contraire, on constate que les institutions d'un peuple obéissent au grand principe naturel de l'évolution ; les lois physiques ne sont pas différentes des lois émanant de la volonté des hommes. Les créations des unes et des autres ont toutes un commencement, une durée et une fin ; elles évoluent plus ou moins lentement suivant le temps et l'espace, suivant l'objet auquel elles se rapportent et suivant le terrain sur lequel elles se meuvent. Beaucoup de facteurs peuvent influencer leur acheminement vers le but final. Elles se transforment avec les sociétés, se modèlent et s'harmonisent aux milieux qu'elles traversent. Mais toute modification dans l'état d'une institution humaine est précédée d'une période de transition et d'adaptation. Toute institution poursuit le but que lui destinent les générations successives aux besoins desquelles elle doit répondre et subit leur sort.

Lambert a fort bien exprimé, en se fondant sur les données du droit comparatif, cette impossibilité d'une révolution brutale dans le domaine du droit successoral. « Là où, dit-il[1], la transition de la propriété familiale à la propriété individuelle s'est opérée en dehors des temps légendaires, où on la suit, non point au travers des traditions populaires, mais à la lumière des documents historiques, on constate que le droit de succession indélébile et le *Beispruchsrecht* de l'héritier du sang ne se sont effacés que graduellement ; qu'ils ont subi une série d'atteintes et de limitations avant de s'éteindre après une lente décadence. On chercherait vainement, dans les milieux qui s'ouvrent à l'histoire, l'équivalent de l'étrange phénomène dont les Romains de l'époque classique affir-

[1] Op. cit., p. 32.

maient l'existence. La transformation du régime successoral qui, d'après la tradition, se serait réalisée à Rome en un jour, a mis, dans toutes les sociétés où nous pouvons suivre l'évolution du droit, plusieurs siècles à s'accomplir. »

Indépendamment de Fustel de Coulanges, un certain nombre d'auteurs ont soutenu la même opinion invraisemblable que la liberté testamentaire, solennellement proclamée par les XII Tables, a été le produit d'une transformation de l'ancien droit[1]. D'autres[2], partant de l'idée tout aussi erronée que le droit de tester a existé pour ainsi dire de tout temps à Rome, ont pu prétendre que la loi nouvelle n'avait rien réformé, si ce n'est en appelant patriciens et plébeiens à l'égalité absolue en matière de dispositions testamentaires.

Dans son étude intitulée « Das Familienvermögen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Römern[3] », Schirmer propose une théorie nouvelle sur la portée de la règle *Uti legassit.* Il reprend l'opinion soutenue avant lui par Danz sur la copropriété familiale en tant que base originelle du droit de succession, opinion exprimée dans cette affirmation que dans le droit primitif on ne peut être « Theil der *familia* ohne zugleich auch Theilnehmer an der *res familiaris* zu sein ». Il voit dans les textes suivants : Gaïus, II, 157, Dig. 28, 2, 11 ; Paul Sent, IV, 8, § 6, des preuves de l'existence de la copropriété qui a dû exister

[1] *Brocher.* « Légitime et Réserves », p. 59, et auteurs cités par lui. — *Troplong.* « Traité des Donations ». Préface, p. 42.

[2] Voir notamment l'étude de *Georges Albert,* sur la « Liberté de tester ». Thèse. Angers, 1895, p. 125 et suiv.

[3] « Savigny's Zeitschr. ». 1881, II. Rœm. Abth., p. 165. — *Lambert.* Op. cit., p. 34 à 42.

à une époque reculée entre le *paterfamilias* et ses *sui* sur les biens domestiques[1]. Il fait observer, à l'appui de sa démonstration, que la loi des XII Tables réglant la succession légitime ne cite pas le *suus* en tête de la liste des successibles, mais qu'elle commence par le *proximus agnatus ;* il conclut de ce fait que le droit du *suus* est d'une nature particulière et qu'à l'origine il ne pouvait lui être enlevé. Par cette notion de copropriété, dont il fortifie la démonstration par des considérations tirées de l'interdiction de l'*usucapio pro herede* en présence de *sui,* de la nullité de l'*in jure cessio* faite par un *suus,* de la règle *posthumi agnatione testamentum rumpitur*, de la substitution pupillaire, de l'exhérédation, etc., Schirmer entend établir que le *suus* n'est pas un héritier du père, qu'il ne peut y avoir dévolution héréditaire entre eux et qu'à la mort de celui-ci le *suus* continue simplement un droit de propriété qu'il avait déjà auparavant, mais qu'il partageait avec lui. « Damit stimmt es zunächst », dit le savant professeur de Königsberg, « dass die zwölf Tafeln den *suus* nicht zur Erbfolge berufen, sondern bloss in Ermangelung eines *suus* die Intestaterbfolge anordnen[2]. » Et il ajoute : « Wenn also die XII Tafeln die Intestaterbfolge mit dem *proximus agnatus* beginnen, so ist darin ausgesprochen dass es bei Vorhandensein eines *suus* zur Erbfolge eben nicht kommt. » Ce qui revient à dire que le droit du *suus* est indélébile, mais d'une autre nature que celui de succession et que l'agnat ne peut arriver en ordre utile qu'à défaut de *sui.* Selon Schirmer, la *res sua* dont il est question dans la formule *Uti legassit* doit s'entendre de la fortune exclu-

[1] « Eod. », p. 166.
[2] « Eod. », p. 168 et 169.

sivement personnelle du *paterfamilias* privé d'enfants. Celle-ci ne saurait être personnelle qu'à raison de l'inexistence de *sui*. Elle ne comprendrait donc pas les biens possédés en commun par les membres de la famille, le père compris. La présence de *sui* rendrait les biens indisponibles. Schirmer pense dès lors que la version exacte doit avoir été *Uti legassit suae rei, ita jus esto*, les autres leçons ne constituant que des paraphrases de celle-ci, et que la règle aurait eu pour but de n'autoriser désormais que le père dépourvu de *sui* à se choisir librement et sans contrôle un héritier à ses biens. « Nur die *sua res* », dit-il, « unterliegt seiner Disposition, und soweit das Miteigenthum der *sui* in Frage kommt, ist das Vermögen eben nicht *sua res* sondern Familienvermögen [1]. »

La théorie de Schirmer peut se résumer en peu de mots : la *paterfamilias* ne peut tester en présence de *sui* parce que le patrimoine n'est pas libre entre ses mains, il n'est pas *sua res*. L'existence d'un *suus*, même postume, rompt le caractère exclusif du droit du père sur les biens. Le *suus* n'acquiert pas un droit de succession ; il a un droit indélébile de copropriété égal à celui de son père. Selon le système proposé par Schirmer, il y aurait donc trois catégories d'héritiers :

1° Les *sui*, héritiers nécessaires malgré le père et malgré eux ; leur situation est inexpugnable ; ils ne sont pas tant héritiers que copropriétaires et continuent simplement leur propriété, mais avec une liberté d'administration qu'ils n'avaient pas du vivant du *de cujus*.

2° Les héritiers désignés par le *paterfamilias* privé de *sui*.

3° Les héritiers légitimes appelés en vertu de la loi

[1] « Eod. », p. 173.

publique, *si intestato moritur*, et dont le droit de successibilité ne prend force qu'à défaut, d'une part, de *sui*, et, d'autre part, d'héritiers désignés par le disposant.

On voit par cet exposé que ce système, d'ailleurs fort logique, comporte la liberté absolue de tester, mais en l'absence de *sui* seulement. C'est du moins ce qui semble découler de la doctrine de Schirmer, car il n'affirme pas qu'en dehors des biens patrimoniaux et par conséquent indisponibles, il en eût existé d'autres dont les chefs de maison romains eussent pu disposer, même en présence de *sui*.

Nous verrons par la suite de cette étude ce qu'il faut penser de cette théorie que Lambert, après lui avoir donné d'ingénieux développements, considère « comme la plus vraisemblable des hypothèses [1] ». Nous pouvons dire cependant, dès maintenant, que si nous admettons cette doctrine en tant qu'elle cherche à établir la copropriété familiale — fait qui peut être envisagé comme acquis puisque cette copropriété a laissé des traces jusque dans le droit classique — nous la repoussons en ce qui a trait à la portée qu'elle attribue à la règle *Uti legassit*. Nous croyons volontiers qu'à l'origine, à l'instar de ce qui s'est passé dans le droit grec [2] ou dans le droit hébraïque [3], la liberté de tester n'a été concédée d'abord qu'au citoyen dépourvu d'enfants. Mais nous ne pouvons admettre qu'à l'époque des XII Tables déjà le législateur ait entendu autoriser le père de famille à se créer des

[1] Op. cit., p. 42.

[2] *Beauchet*. Op. cit. III, p. 425 et suiv. ; II, p. 28 et suiv. — *Démosthène* contre Stéphane ; *Démosthène* contre Leocharis. — *Dareste*. « La Science du Droit en Grèce. » Paris, 1893, p. 117 et 120. — Nous avons vu qu'il était impossible de faire affatomie ou thinx en présence d'enfants dans les législations franque, ripuaire et lombarde.

[3] *Sumner-Maine*. « Ancien Droit », p. 187-188.

héritiers, au sens que non seulement Schirmer mais encore la presque unanimité des romanistes donnent à ce mot, ni que la règle *Uti legassit* revête un caractère si nettement patrimonial et économique.

Pour nous, la succession testamentaire des XII Tables présente encore toutes les particularités de la succession religieuse, malgré la suppression du contrôle des Pontifes et du vote du peuple, seule réforme introduite par la codification dans le droit même. Elle reste contractuelle et universelle ; elle tend moins à opérer un transfert de propriété qu'une mutation dans la personne du chef. Les obligations légales et les devoirs religieux sont encore confondus. La règle telle qu'elle apparait — si vraiment elle a existé sous cette forme dans le code décemviral — n'a pas pour but de conférer au père de famille le droit de se créer un héritier mais bien plutôt de se choisir librement lui-même, dans des cas exceptionnels, en dehors du cercle des membres de la communauté domestique, un successeur qui aura pour mission de continuer la personne du *de cujus*, d'accomplir les sacrifices qui doivent assurer sa béatitude dans la vie future, de perpétuer le feu sacré sur l'autel familial, en un mot d'empêcher qu'un foyer ne s'éteigne faute d'un successeur légitime apte à l'entretenir, ou ne tombe entre des mains indignes. La forme en laquelle cet appel à un successeur se fera a seule subi une modification, dans le sens d'une simplification. C'est sur ce point seulement que, selon nous, l'innovation a porté, tout en consacrant la liberté du choix d'un père de famille quant à son futur successeur, et nous pensons que les conséquences qu'on a tirées dans la suite de la règle sont le résultat de l'interprétation donnée par les jurisconsultes. Ces conséquences, les rédacteurs de la loi étaient certainement loin

de les avoir prévues. On les a attribuée au code décemviral par cette tendance que dénonce très justement Lambert à propos d'un autre cas et qui consiste de la part du juriste « à placer sous le couvert de l'autorité du législateur ou de la coutume les productions récentes de la pratique [1] ».

La théorie de Schirmer est, on le voit, en opposition avec ce que nous avons soutenu jusqu'à présent.

Parmi les systèmes qui, au point de vue de la réforme des XII Tables, font une distinction entre les biens constituant le patrimoine [2], il y a lieu de signaler celui proposé en 1886 par Cuq dans son étude sur le testament *per aes et libram* [3] et développé dans son Manuel des Institutions Juridiques [4], système qui a été fortement réfuté par Girard [5] et par Appleton [6]. Lambert l'a également écarté [7]. Cuq se fonde essentiellement sur la version donnée par Ulpien et pense que la liberté du testateur n'a été garantie que pour les dispositions portant « *super pecunia tutelave* » mais non pas sur la *familia*. Les Romains auraient donc distingué deux sortes de biens : les biens patrimoniaux, c'est-à-dire notamment la terre des ancêtres, l'*heredium* et le culte domestique, la *familia*, et la fortune individuelle *pecunia*. Selon Cuq, « les premiers sont plus particulièrement affectés aux besoins de la famille et doivent être laissés aux enfants du *de cujus*, à ceux qu'on appelle les héritiers *siens* : on ne

[1] Op. cit., p. 33.
[2] *Kuntze*. « Cursus », p. 572 ; « Excurse », p. 611.
[3] « Nouvelle Revue historique ». 1886, p. 533.
[4] Pages 282 et suiv., et 526 et suiv.
[5] « Manuel », p. 777, note 3, et p. 240, note 3.
[6] Op. cit., p. 57, note 5, et p. 59.
[7] Op. cit., p. 33.

peut ni les leur enlever, ni en disposer au profit de tiers sans l'approbation des Pontifes et du peuple. Il n'en est pas de même pour les biens composant la fortune individuelle : le *de cujus* peut en disposer librement, sous forme de legs, sans être obligé de faire un testament[1] ».

Pour cet auteur, on ne saurait résoudre le problème de l'introduction de la liberté de tester en s'appuyant sur le témoignage des juristes classiques, attendu qu'à leur époque la liberté existait depuis longtemps et que rien ne prouve qu'il n'aient pas étendu la portée primitive de la loi. Il faut, dit-il, s'en tenir au texte qui parle uniquement de *pecunia* et qui est muet sur la *domus familiaque*. La liberté n'aurait donc existé, en vertu de la règle d'Ulpien, que pour la *pecunia* dont on aurait pu disposer à son gré, sous forme de legs[2]. Reprenant une théorie proposée avant lui de façon incidente par Jhering dans son *actio injuriarum*[3], Cuq pense que *pecunia* serait synonyme de *res nec mancipi*, objets de propriété individuelle, et que *familia* serait représenté par les *res mancipi*, biens de copropriété domestique dont le chef de famille n'est que copropriétaire[4]. La loi des XII Tables n'aurait autorisé la disposition de ceux-ci que sous le contrôle des Pontifes et du peuple et n'aurait en conséquence rien innové pour ce qui les concernait ; en revanche, elle aurait concédé au *paterfamilias* la liberté de tester sur sa *pecunia, res nec mancipi*, et cela sans aucun contrôle ni limitation. Ce ne serait que beaucoup plus tard, alors que les comices curiates cessèrent de se

[1] « Institutions », p. 282.

[2] « Instit. », p. 283.

[3] et complétée dans « Entwickelung des Rœm. Recht. », Leipsig, 1894, p. 90 et seq.

[4] Op cit., p. 92. — *Kuntze*. « Excurse », p. 107.

réunir et que les biens patrimoniaux, *familia*, ne furent plus estimés d'après leur affectation aux besoins de la famille mais d'après leur valeur pécuniaire, que le pouvoir du chef de famille a grandi et que la liberté de tester a été consacrée par l'usage aussi bien sur les *res nec mancipi* que sur les *res mancipi*[1]. La liberté absolue de tester, dit Cuq avec raison sur ce point, n'a existé à Rome ni à l'origine ni sous l'empire où elle a été limitée par l'introduction de la plainte d'inofficiosité[2]. «On ne la rencontre que dans une époque intermédiaire... Elle fut admise non pas par un acte législatif, mais par suite d'un concours de circonstances qui eurent pour effet d'assimiler les biens patrimoniaux à la fortune individuelle et d'étendre l'application de la règle des XII Tables qui consacrait la liberté de léguer les biens composant la *pecunia*». L'auteur pense d'ailleurs qu'aux premiers siècles, le testament n'était usité, en principe, qu'à défaut d'héritier sien, et en cela son opinion parait juste. Il estime en outre que ce n'est guère qu'en temps d'hostilités que l'utilité d'un testament pouvait se faire sentir[3] et que «lorsqu'il se rencontra des citoyens qui voulurent, en temps de paix, se donner un héritier par testament, on dut alors déterminer la forme de cette acte». Cuq admet le principe de l'unité de conception du testament dans l'ancienne Rome[4], mais, dit-il, «on ne crut pas devoir étendre au testament fait en temps de guerre une forme qui avait pour résultat de restreindre la liberté du testateur». La conséquence de cette absence de formes du testament fut de préparer la sécularisation du testa-

[1] Op. cit., p. 283 et 284; « N. R. H. «, p. 541.
[2] Op. cit., cfr. p. 284 et 538.
[3] Op. cit., p. 281 et 538.
[4] « Eod. », p. 281, note 2, et p. 282; « N. R. H. », p. 539.

ment en supprimant l'intervention des Pontifes et du peuple.

Mais Cuq a émis l'idée qu'à l'origine le testament n'exigeait pas nécessairement l'institution d'un héritier[1]. D'autre part, partant de l'idée que la loi des XII Tables consacre sans réserve le legs qui a pour objet la *pecunia*[2]. il conjecture que le legs consistait, ainsi que son nom semblerait l'indiquer[3], en une manifestation verbale de volonté qui devait se faire, suivant l'usage, en présence de personnes dont le testateur requérait le témoignage. Ainsi donc ce procédé de disposition visant uniquement les biens susceptibles de propriété individuelle, *pecunia*, n'aurait comporté aucune limitation et aurait été dispensé de tout contrôle et de toute forme solennelle[4]. Cuq, s'appuyant toujours sur la version d'Ulpien, prétend en outre que le legs *per vindicationem* remonterait aux XII Tables et exclurait la nécessité d'une institution d'héritier[5]. Enfin, il admet que le testament *calatis comitiis* a coexisté avec la *mancipatio familiae*.

Il résulterait donc de tout cela qu'à l'époque de la promulgation de la fameuse règle *Uti legassit*... le père de famille aurait eu à sa disposition une véritable profusion de procédés destinés à assurer la réalisation de sa volonté en vue de la mort. Pour disposer de ses biens patrimoniaux, *familia*, le testateur aurait pu employer : *a*) le testament *calatis comitiis*; *b*) le testament *in*

[1] « Instit. », p. 524, IV ; « N. R. H, », p. 550.

[2] « Instit. », p. 301.

[3] *Cuq* fait en effet observer que la loi dit « legare » et non pas « testari », alors qu'une autre disposition dit « intestatus ». « Instit », p. 301, note 4.

[4] « Instit. », p. 304.

[5] « Instit. », p. 302.

procinctu, ces deux modes comportant la possibilité facultative d'une institution d'héritier; *c) la mancipatio familiae*, sans possibilité d'instituer un héritier. Pour disposer de ses biens non-patrimoniaux, *pecunia*, le testateur aurait eu sous la main : *a*) un testament sans forme et sans solennité, n'exigeant qu'une déclaration de volonté, mais ne pouvant s'appliquer qu'à des legs, *b*) le legs *per vindicationem*.

Les deux premières formes tombant en désuétude, on n'aurait plus conservé que le testament mancipatoire qui, combiné avec l'acte comitial, serait devenu le testament *per aes et libram* proprement dit, c'est-à-dire un acte purement privé et dépendant de la volonté libre et exclusive du testateur. A ce titre, il aurait cessé dès lors de se distinguer du legs *per vindicationem*[1].

Antérieurement aux XII Tables, il aurait ainsi existé deux formes de testament: l'une nécessitant l'intervention des Pontifes et du peuple, *calatis comitiis*, et l'autre dépourvu de toute solennité et destiné à réaliser le legs sur la *pecunia*, cela indépendamment du *procinctu*.

Le système proposé par Cuq est à notre avis absolument inadmissible. On ne saurait en effet concevoir qu'à une époque aussi reculée que celle des XII Tables, les Romains aient déjà connu toute espèce de modes de disposition pour cause de mort. Il n'est pas possible de croire qu'on pût faire des legs séparés d'un testament à un moment où, ainsi que nous le soutenons, le testament lui-même n'était pas destiné à opérer une distribution de biens, mais uniquement à créer un successeur aux *sacra* et à l'administration du chef de maison sur le patrimoine domestique. Qu'avait-on besoin, on se le

[1] « Instit. », p. 525.

demande, à cette époque encore fortement influencée par les idées religieuses, d'un mode de disposition qui aurait permis de fractionner un patrimoine qui ne pouvait pas même être transmis puisque l'idée de succession ne se comprend encore que de la succession aux pouvoirs du chef de famille ? Et comment se fait-il que Gaïus ne dise traître mot dans son commentaire II. § 101, de ce legs *per vindicationem* dont Cuq prétend établir l'existence au moment de la promulgation du code décemviral ? Il est pour le moins curieux, on l'avouera, que ce jurisconsulte ne mentionne pas davantage ce mode de disposition, d'une simplicité si remarquable et si utile, qui devait permettre la transmission de la *pecunia*. Il n'est pas moins étrange que ce système si pratique et si libéral n'ait laissé aucune trace dans le droit postérieur et qu'on lui ait substitué le système formaliste et étroit du testament *per aes et libram*. D'autre part, il y a lieu de remarquer que la version d'Ulpien n'offre pas plus de garantie d'exactitude que les autres, notamment que celle de Cicéron [1] qui emploie la formule *familia* et *pecunia*, ce qui démontrerait qu'au temps des XII Tables on ne distinguait déjà plus les divers éléments du patrimoine au point de vue des dispositions que le citoyen romain pouvait faire, à supposer un seul instant qu'une telle distinction ait jamais été faite dans le droit successoral. Dès lors, tant que Cuq ne démontre pas la supériorité de la variante d'Ulpien sur celle de Cicéron, tout son système reste chancelant. Pressentant l'objection, il explique, « qu'il lui parait difficile de faire prévaloir le témoignage d'un auteur qui cite la règle dans une œuvre littéraire sur celui de deux jurisconsultes qui la com-

[1] « Auct. ad Heren. », 1, 13. « De Invent. », 2, 50.

mentent et en déduisent les conséquences[1] » ; mais il perd de vue que cet auteur est doublé d'un connaisseur. Au surplus, il est fort probable que ni Paul, ni Ulpien, ni Cicéron n'étaient exactement renseignés sur la portée de la règle, bien que ce dernier ait certainement connu le texte puisqu'on apprenait, encore dans sa jeunesse, la loi par cœur. Et si vraiment la formule disait *super pecunia*, il resterait encore à démontrer que *pecunia* était bien l'équivalent de *res nec mancipi*.

Quant aux explications fournies par Cuq pour justifier l'existence de la règle *nemo pro parte*, règle dans laquelle il voit une invention récente des Prudents nécessitée par l'apparition du testament *per aes et libram* deuxième manière, qui comportait une institution obligatoire d'héritier dans l'intérêt des créanciers du *de cujus*[2], elles sont tout aussi inadmissibles que la distinction entre la *familia* et la *pecunia*. Il y a là une méconnaissance évidente des origines de la succession romaine. Cette règle, comme d'autres, remonte au temps du testament comitial primitif. Si elle n'était pas codifiée, elle n'en existait pas moins en fait. Le droit ne s'invente pas ; il ne s'implante pas non plus brusquement. Il est dès lors impossible de concevoir que, comme le soutient Cuq, l'origine de la règle doit être recherchée dans une décision arbitraire des Prudents qui, dans le but de sauvegarder par un expédient l'intérêt des créanciers de la succession, se seraient arrangés pour qu'il y eût toujours un héritier responsable des dettes et, « auraient fait accepter comme règle de droit qu'on ne pourrait disposer de ses biens à cause de mort sans laisser un héritier[3] ».

[1] « N. R. H. », p. 540, note 1.
[2] « Instit. », p. 525 et 526.
[3] « Instit. », p. 526.

Nous admettons à la vérité que la notion d'*héritier*, au sens que donnent les juristes classiques à ce terme, n'a existé qu'à une époque bien postérieure aux XII Tables et qu'elle ne s'est fait jour que dans le testament *per aes et libram* perfectionné; mais il nous paraît bien certain qu'elle découle directement de l'antique notion de successeur au culte et qu'elle remonte au temps où le chef de maison choisissait, avec le concours des Pontifes et du peuple, celui qui devait remplir à sa mort les sacrifices et les obligations résultant des *sacra*[1]. En ce sens, l'institution d'héritier n'apparait pas comme une création nouvelle et arbitraire mais bien plutôt comme le résultat d'une évolution provoquée par la tranformation du régime de la propriété et par l'effacement progressif des idées religieuses devant les idées économiques. La règle *nemo pro parte*... s'est maintenue dans cet état du droit successoral, où elle apparait visiblement comme un emprunt à l'ancien ordre de choses, tout en conservant le principe d'universalité de la succession primitive. Gaïus en donne la raison lorsqu'il dit : « *Nunc vero alius haeres testamento instituitur, a quo etiam legata reliquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur*[2] ».

Nous ne pouvons nous attarder à examiner toutes les difficultés — et elles sont nombreuses — que soulève la théorie de Cuq. Des objections très fondées ont été formulées contre son système et nous devrions nous borner à les reproduire[3]. Nous voulons cependant faire observer

[1] Voir p. 62,

[2] II, 103. Nous avons dit en effet que l'emptor familiæ n'était pas un héritier.

[3] *Girard.* « Manuel », loc. cit. — *Appleton.* Loc. cit. Voir p. 90, notes. — *Bonnet.* Des mots *pecunia* et *familia* dans la loi des XII Tables. Thèse. Paris, 1900.

qu'à notre sens l'erreur de Cuq réside dans l'attribution d'une valeur technique non seulement aux mots *pecunia* et *familia*, mais surtout au mot *legare*. Girard, Appleton, Bonnet, etc. ont donné des explications fort judicieuses sur le sens des deux premiers. Nous nous expliquerons plus loin sur celui de *legare*. S'il est vrai que le sens technique d'un mot ne saurait avoir précédé son sens étymologique et littéral, nous croyons que c'est en déniant au terme *legare* sa signification de léguer, de disposer de sa chose, que nous pourrons reconstituer la portée et le sens véritable de la règle *Uti legassit*.

On voit déjà par ce qui précède qu'il est loin d'être démontré que la liberté de disposer ait été introduite à Rome par la loi des XII Tables et qu'il y a même des raisons sérieuses de suspecter les affirmations de la tradition. Nous avons écarté la théorie tendant à établir que cette liberté aurait existé antérieurement à la promulgation de la loi et que la codification n'aurait fait que confirmer cet état de choses. Nous avons également repoussé la théorie suivant laquelle la règle aurait eu pour but de substituer la liberté illimitée à l'impossibilité primitive de disposer. Enfin, nous avons constaté que les systèmes proposés par Schirmer et par Cuq se heurtaient à de graves difficultés bien qu'ils excluent en principe la la liberté absolue et ne l'admettent que dans certains cas déterminés. Toutes ces théories supposent d'ailleurs l'existence de la propriété individuelle et sont fondées sur cette idée que l'*Uti legassit* a consacré le testament comme acte unilatéral et personnel, ne déployant d'effets qu'à la mort du testateur. C'est ce qui fait que nous ne pouvons en accepter aucune.

Selon nous, pour saisir le caractère de l'innovation

opérée par l'*Uti legassit*, il importe de distinguer soigneusement deux choses fort différentes : le droit de disposer et le mode de réalisation de ce droit; la faculté de donner aux biens patrimoniaux telle destination qu'on désire et le droit du père de famille de se choisir un successeur. La faculté de disposer n'a certainement pas existé à l'origine, et quand au pouvoir du *paterfamilias* de choisir son successeur on sait qu'il ne comportait qu'une liberté de choix fort relative puisque ses propositions devaient être ratifiées par les Pontifes et sanctionnées par un vote du peuple. Le régime de la propriété antérieur aux XII Tables était celui de la communauté domestique qui formait un obstacle insurmontable à toute disposition du chef sur le patrimoine commun. Le régime successoral correspondant à cet état de la propriété était réglé par la coutume ou la loi générale, à laquelle on ne pouvait déroger que par le moyen d'une loi spéciale votée par les pouvoirs publics. Ce que cette loi spéciale avait en vue, c'était non pas la transmission du patrimoine mais la nomination d'un successeur au *de cujus*. Il s'agissait donc de déterminer, par une dérogation à la loi commune, la personne qui, à la mort du chef de maison, succèderait à ce dernier dans l'administration de la *domus familiaque*, qui présiderait désormais aux sacrifices dus aux mânes du défunt et au culte domestique. Dans certains cas, le vote d'une loi spéciale était impérieusement nécessaire car il était indispensable pour le repos de l'âme du *de cujus* et pour le bien de la république qu'un foyer ne vint pas à s'éteindre et qu'un culte menacé de disparaître trouvât quelqu'un pour le perpétuer.

Il est évident que la liberté de disposer est absolument inconciliable avec cette conception de la propriété et

qu'il n'y a pas place pour elle dans ce régime du droit successoral. L'opération destinée à créer un successeur aux *sacra*, c'était l'acte comitial en temps de paix et l'acte *in procinctu* en temps de guerre, et c'est précisément parce que ces actes ne revêtent pas le caractère de véritables testaments qu'ils apparaissent comme des opérations pour cause de mort compatibles avec l'absence de toute liberté de disposition. Ainsi donc, non seulement au point de vue de leurs formes mais encore au point de vue du droit qu'ils étaient appelés à réaliser, ces actes ne constituaient pas des testaments puisqu'ils ne comportaient aucun transfert de propriété.

On se souvient que les motifs qui pouvaient engager un chef de maison à solliciter de l'autorité publique l'obtention d'une loi spéciale étaient d'ordres divers : ou bien il n'avait plus d'enfants légitimes ; ou bien il craignait de voir tomber son culte entre des mains indignes ou incapables ; ou bien encore il ne lui restait plus que des gentils éloignés, peut être inconnus de lui, alors qu'il avait des cognats au sort desquels il s'intéressait mais que la coutume excluait de la liste des successibles. Il était sans doute de principe qu'en présence de *sui* il était impossible de faire choix d'un successeur *extraneus*. Les raisons qu'un *paterfamilias* devait avoir pour préférer un étranger à ses *sui* étaient évidemment graves et l'on comprend que l'autorité publique ait dû les contrôler.

En ce qui concerne l'acte comitial lui-même, nous rappelons qu'il se décomposait en trois parties. Il fallait en effet : 1° un projet de contrat entre le chef de maison et le futur successeur qu'il avait choisi et qui devait donner son consentement ; 2° l'approbation de ce projet par le Collège des Pontifes ; 3° une loi curiate donnant force

légale au contrat. Quant au droit conféré au futur successeur, nous avons vu que par cela seul que le concours des Pontifes et du peuple était nécessaire pour la validité de l'acte, ce droit déployait ses effets dès l'accomplissement des cérémonies, *a die praesenti*. Le gratifié acquérait l'aptitude à succéder, la vocation héréditaire ; son droit était celui d'un véritable *suus* ; il entrait dans la *res familiaris* du *paterfamilias* sans tomber, du vivant de celui-ci, sous sa *patria potestas*, comme dans l'adrogation ; en un mot, il devenait son successeur universel, au su de chacun, grâce à la publicité de l'acte. Il était définitivement entendu que c'est lui qui continuerait la famille, le culte et la personne du défunt. Le caractère essentiel de ce droit de successibilité, c'est son actualité.

Enfin, nous avons dit que l'attribution de la vocation héréditaire à un *extraneus* impliquait nécessairement une présomption d'exhérédation des *sui*, s'il en existait. La promulgation de la loi spéciale excluait en effet, *ipso facto*, l'application des dispositions de la loi commune, puisqu'il s'agissait de déroger à celle-ci en réglant de façon meilleure le sort des *sacra* d'un citoyen.

Sur la base de ces principes, nous pouvons maintenant examiner la réforme que, selon nous, la loi des XII Tables, quelle que soit sa date, a introduite dans le droit successoral.

On admet aujourd'hui que la règle *Uti legassit* a eu pour but de supprimer le contrôle des Pontifes et du peuple en matière de dispositions en vue de la mort, et l'un des romanistes les plus autorisés, Girard, enseigne avec raison que cette loi a établi la liberté dans le testament primitivement soumis à l'approbation des comices. Mais encore faut-il s'entendre sur la nature de cette

liberté. « Antérieurement aux XII Tables, dit Girard[1], c'était le peuple qui *legabat*, qui *legem dicebat* sur la *res* du testateur, sur son patrimoine *(familia pecuniaque)*, sur la tutelle des enfants que sa mort rendait *sui juris* et sur le sort des biens qu'il laissait *(tutela pecuniaque suae rei)*. Désormais, c'est le testateur qui fait sur tout cela une *lex* dont la soumission au peuple n'est plus que de pure forme. »

Est-ce bien ainsi que la règle *Uti legassit* doit être interprêtée ? Est-il bien certain que la suppression du contrôle et de la surveillance de l'autorité publique ait eu pour effet d'établir à la fois la liberté sans restriction pour le père de famille de choisir son successeur et la liberté illimitée de disposer de son patrimoine, *familia pecuniaque ?*

C'est là l'opinion dominante dans la romanistique moderne, mais nous ne pouvons la considérer comme définitivement démontrée. Pourquoi veut-on absolument solidariser ces deux notions de la liberté ? Ne peut-on pas concevoir que l'une ait existé sans l'autre, alors surtout que, comme on vient de le voir, l'acte pour cause de mort de cette époque n'est pas incompatible avec l'absence de toute liberté de disposition ?

Pour nous, la promulgation de l'*Uti legassit* n'a eu pour but que de conférer au père de famille le droit de choisir lui-même librement son successeur, sans avoir désormais l'obligation de soumettre ses propositions à la ratification et à l'approbation de l'assemblée populaire. Mais à cela s'arrête l'innovation. La liberté du choix n'implique nullement la liberté illimitée de tester. Encore une fois, à l'époque des XII Tables, le droit de tester est

[1] « Manuel », p. 777.

beaucoup plus le droit de se donner un successeur que de disposer de ses biens et ce n'est toujours qu'accessoirement et par voie de conséquence que le successeur aux *sacra* acquiert le *dominium* sur les choses qui forment le patrimoine. En tout cas, la formule *Uti legassit*, quelle que soit la variante qu'on adopte, ne renseigne en rien sur l'acte même qu'elle consacrait et rien ne démontre que l'opération *calatis comitiis* ait perdu son caractère contractuel pour devenir un véritable testament, c'est-à-dire un acte unilatéral, personnel et autonome. D'autre part, il n'est pas certain que le mot *legare* existait réellement dans la règle ; mais si vraiment il y figurait, nous ne croyons pas qu'il avait le sens que les juristes classiques et les romanistes modernes lui ont donné. Qu'on n'oublie pas, en effet, que nous n'avons aucune preuve, en dehors de la tradition, de l'authenticité des XII Tables et que tous les fragments qui ont été recueillis en vue de leur reconstitution sont extraits d'œuvres dont les auteurs ont tous vécu bien des siècles après le moment attribué par la tradition à leur promulgation. Il est donc fort vraisemblable que non seulement le texte véritable de l'*Uti legassit* ne nous est jamais parvenu, mais encore que le sens et la valeur technique des mots sont ceux qui avaient cours à l'époque classique.

Mais quels ont été les effets de l'*Uti legassit* sur la structure juridique de l'acte comitial ? La transformation du rôle des Pontifes et du peuple, la substitution d'une juridiction purement gracieuse à la juridiction primitivement contentieuse, a eu pour effet de simplifier les formes de l'opération ; mais la suppression du contrôle n'a apparemment eu aucune influence sur la nature juridique et intime de l'acte. L'*Uti legassit* a laissé intacte la première partie de l'acte, celle qui se passait entre le

père de famille et son futur successeur. Le caractère d'acte entre vifs, de contrat, s'est évidemment maintenu. Ce qui a disparu, c'est l'opération consistant à obtenir la ratification par le collège des Pontifes du projet de contrat et aussi la présentation de celui-ci aux délibérations du peuple. Dorénavant, le contrat devient définitif dès l'instant où le futur successeur a donné son consentement, mais dès ce moment aussi celui-ci est, comme précédemment, investi de la vocation successorale. La soumission du contrat au peuple n'est qu'une simple formalité, un enregistrement impossible à refuser, puisqu'aucune *rogatio* n'est plus adressée à l'assemblée et qu'en conséquence cette dernière n'a plus à voter. Le peuple se borne sans doute à prendre acte de la présentation du contrat, qui se fait probablement en la forme verbale ; il ne joue donc plus en définitive qu'un rôle de simple témoin et ne participe au cérémonial que *ad probationem* et *ad solemnitatem*.

Voilà l'homologation judiciaire telle qu'on la rencontre dans les droits franc et lombard et dans certaines législations arriérées que nous avons signalées.

Mais est-ce à dire que l'acte soit devenu autonome ? Evidemment non, puisqu'il implique pour sa validité le consentement donné du vivant du *de cujus* par le futur successeur de ce dernier. Sans doute, l'intervention du peuple et des Pontifes n'est plus effective. Mais l'acte déploie des effets immédiats. Il est donc certain qu'il n'est pas révocable par la volonté unilatérale de l'une ou de l'autre des parties contractantes et que pour défaire ce qui a été fait — si cela était possible — il faut au moins le double consentement du disposant et de son successeur.

On peut se demander d'autre part si la réforme intro-

duite par les XII Tables comportait pour le père de famille une liberté de choix si étendue qu'il eût pu, qu'elle qu'ait été la composition de sa famille, prendre un étranger et exclure ainsi ses propres enfants. Nous ne le pensons pas. Même après la promulgation de l'*Uti legassit*, le droit des *sui* est resté indélébile. Il devait donc être entendu que le droit de se choisir un successeur ne pouvait être exercé que dans certains cas déterminés. Il est ainsi infiniment probable que lorsque le père avait de justes raisons d'exclure les siens ou de leur préférer un *extraneus* — justes raisons dont antérieurement les Pontifes et le peuple se faisaient les appréciateurs, — il devait le manifester par une déclaration d'expropriation qui sans doute formait une clause du contrat lié avec le successeur de son choix. Il y a lieu de croire qu'en raison de la publicité de l'acte, un père ne devait se résoudre qu'à la dernière extrémité à rayer un *suus* de la liste de ses successibles et qu'en l'état des mœurs l'opinion publique eût couvert d'infamie celui qui, sans motifs suffisants, chassait ses enfants de sa *domus familiaque*. A cet égard, le contrôle de l'opinion publique sur les actes faits en vue de la mort apparaît comme le contre-poids naturel de l'octroi d'une liberté dont on aurait pu craindre les abus à la suite de la suppression de la surveillance pontificale. On peut supposer d'ailleurs que le contrat devait spécifier exactement la situation des parties et que jamais père de famille n'eût trouvé un co-contractant qui aurait consenti à prendre la place de *sui* dans des conditions qui lui eussent attiré des désagréments à la mort du *de cujus*. En accordant la liberté du choix aux citoyens, le législateur se fondait sans doute sur cette considération que les hommes n'osent généralement pas mettre au grand jour les injustices

qu'ils commettent et qu'ainsi il n'y avait pas à craindre qu'on en abusât. Cependant, il est certain que des abus eurent lieu, grâce à la décadence de l'esprit public et de l'autorité religieuse dont on dédaignait les prescriptions, car lorsque le régime de la propriété se fut transformé et que le successeur apparut, ensuite de l'affaiblissement des antiques croyances, moins comme le continuateur des *sacra* que comme le propriétaire des biens qui en constituaient la dotation, en d'autres termes lorsque le culte ne fut plus considéré, en présence du flux montant de la révolution des institutions dans le sens économique, que comme l'accessoire de l'hérédité et qu'on se fut habitué à ne voir dans l'institution d'un héritier qu'un moyen de distribuer ses biens, on dut mettre un frein aux libéralités excessives faites par certains pères afin d'effacer ou d'atténuer les injustices qui en résultaient pour la famille. Le mouvement de réaction aboutit après une lente évolution à la *querela inofficiosi testamenti*.

Ainsi, on le voit, l'innovation de l'*Uti legassit* n'a pas eu pour effet, comme on le croit communément, de concéder au père de famille une liberté sans limite dans le choix de son successeur. Si cette restriction de la liberté du choix au profit des *sui* n'était pas expressément insérée dans la formule — à défaut de sources et dans l'état sans doute incomplet du fragment 3 de la table V, on doit se borner à des conjectures — du moins le contrôle de l'opinion publique a dû apporter un tempérament suffisant à l'exercice abusif du droit conféré au citoyen romain de choisir lui-même à sa convenance le continuateur désiré à sa personne et à ses *sacra* sans avoir à en référer aux Pontifes et au peuple.

Notre théorie s'harmonise parfaitement avec le principe de la simplification des formes qui est à la base de

l'évolution de l'acte pour cause de mort, évolution dont nous avons constaté les résultats dans d'autres milieux qu'à Rome. Elle est également conforme à la conception romaine de l'autorité toute puissante du père de famille sur les siens. Dans le cercle de la famille, cette autorité n'était limitée que par les droits des enfants, égaux à ceux du père, sur les biens de l'association domestique, ce qui s'explique par le fait de la communauté du culte. Notre théorie cadre encore avec l'idée que le père doit être maître absolu dans sa *domus* et que s'il est l'administrateur du patrimoine familial, il doit pouvoir prendre ses mesures pour en assurer la prospérité après sa mort. Mieux que personne il saura désigner pour lui succéder celui qui sera le plus apte à remplir cette fonction. Par le fait de l'*Uti legassit,* il a acquis un pouvoir nouveau ; désormais il n'appartient plus aux Pontifes et au peuple de lui dicter la loi de son hérédité : il règlera lui-même le sort de celle-ci. En ce sens encore, il n'y a pas conflit entre notre théorie sur l'innovation et l'organisation de la famille. Les décemvirs ont sans doute considéré qu'une constitution très forte du groupement domestique sous l'autorité d'un chef est la base la plus sûre d'un Etat qui vise à la puissance et ils ont pensé que cette concession faite par l'autorité publique à la *potestas* du *paterfamilias* et qui consistait à faire de ce dernier un véritable législateur dans sa *domus*, ne pouvait avoir pour effet que de renforcer encore l'esprit de soumission absolue des enfants à l'égard de leur père. En vertu de la loi nouvelle, le père, s'il ne laisse pas de descendants ou s'il estime que ceux qu'il a sont incapables de continuer dignement le culte, réglera à sa convenance le sort de ses *sacra* par le moyen d'une convention passée avec un *extraneus*. S'il n'agit pas, il sera présumé avoir ac-

cepté l'ordre de succession déterminé par la loi commune.

L'*Uti legassit* a-t-il innové en ce qui concerne, non plus l'acte pour cause de mort, mais les droits du père de famille sur son patrimoine? Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a tendu à démontrer que la succession universelle des XII Tables repose sur l'idée du remplacement du père à la tête de sa *domus* mais non pas d'un transfert de propriété en faveur d'un tiers. Nous croyons trouver un argument à l'appui de notre théorie dans la dénégation d'un sens technique au mot *legare* de la formule *Uti legassit*.

D'une manière générale, *legare* exprime toute disposition de biens pour cause de mort. Certains auteurs comme Cuq et Kuntze lui donnent le sens de léguer, faire des legs, c'est-à-dire disposer à titre particulier. Au point de vue étymologique *legare* éveille l'idée d'une loi. *Legare* signifierait alors *legem ferre*, *legem dicere*, et cela déjà à l'époque des XII Tables, selon l'opinion courante. Mais est-ce bien là le sens primitif de ce mot? *Lex* a-t-il donné *legare* ou de *legare* a-t-on extrait *lex*? La question est fort difficile à résoudre. Elle suppose des connaissances très spéciales et très étendues en linguistique, ainsi que sur la formation des mots et de la langue. Aussi bien, n'avons-nous pas, on le conçoit aisément, l'intention d'entreprendre une étude qui serait hors de proportion avec un travail de la nature de celui-ci, ni par conséquent de trancher un débat qui s'annonce comme fort compliqué, faute de sources et de documents sûrs et anciens.

Nous avons dit à plusieurs reprises déjà que le texte de la règle *Uti legassit* ne nous était jamais parvenu, qu'il apparait comme incomplet et que ce que nous en

connaissons n'est probablement qu'une reconstitution artificielle des juristes classiques insuffisamment ou même mal renseignés. Les nombreuses variantes extraites des textes semblent confirmer notre manière de voir. La présence, par exemple du mot *intestato* dans la seconde partie de la formule, mot que rien ne fait pressentir et qui crée une discordance manifeste avec le langage archaïque de la loi, autorise à croire qu'on se trouve en présence d'une modernisation des institutions successorales anciennes par les juristes de l'époque postérieure. Nous ne sommes certains ni des termes qui composaient la règle ni de leur signification primitive. En ce qui concerne le mot *legare* on peut donc se poser cette double question : existait-il vraiment dans la loi ? Si oui, quelle est sa signification exacte, non pas à l'époque classique, mais au moment de la promulgation du Code décemviral ? Il est en effet fort possible que *legare* ne figurait pas dans le texte et que les juristes romains ont introduit ce mot avec la signification qu'il avait de leur temps, ce qui a complètement dénaturé le sens de la phrase et la portée primitive de la règle. Quoi qu'il en soit, nous pouvons déjà constater que le sens donné par les classiques au mot *legare* des XII Tables ne correspond pas avec le but et les effets de l'acte pour cause de mort qui, selon nous, existait lors de la codification.

Un fait est cependant incontestable, c'est qu'on ne rencontre *legare* dans aucun des monuments de la langue latine avant les XII Tables. D'autre part on ne le trouve que rarement dans les documents appartenant à l'histoire. On a observé que Varron et Lucilius ne l'emploient pas. Ce n'est que vers la fin de la République ou au commencement de l'Empire que son sens peut être

précisé : il signifie alors léguer, disposer de biens à titre particulier. Mais il est bon de remarquer qu'à cette époque, le testament romain a franchi presque toutes les étapes de son évolution et que sous la forme *per aes* et *libram* seconde manière il s'est déjà considérablement rapproché de la notion du véritable testament, acte unilatéral, personnel, révocable, n'exigeant plus l'intervention effective d'un intermédiaire de transmission et ne déployant d'effet qu'à la mort du testateur. L'évolution des institutions juridiques dans le sens économique est d'ailleurs un fait accompli et l'autorité religieuse est depuis longtemps tombée en pleine décadence.

Comment se fait-il que ce mot à signification et à allure si modernes se retrouve pour ainsi dire isolé dans l'un des documents les plus archaïques de la législation romaine ? La même question se pose pour *intestatus* qui ne peut provenir que de *testamentum* dont on ne constate pas trace avant les XII Tables.

Nous croyons voir là la preuve ou tout au moins un grave indice de l'inauthenticité du texte. On est en tout cas en droit de montrer quelque défiance à l'égard de la valeur de la formule. On peut donc se demander s'il est bien certain que la date attribuée par la tradition à la codification est exacte, si cette date ne devrait pas être reportée à une époque plus récente, ou enfin s'il n'y a pas lieu de douter que l'*Uti legassit* aît été promulgué par les XII Tables, tout autant de points que la critique historique n'est pas parvenue à élucider. Nous ne pouvons accepter sans réserve cette affirmation de Girard, « qu'il n'y a pas le moindre motif de révoquer en doute le témoignage des Romains selon lequel la réforme remonterait aux XII Tables et viendrait de la règle rap-

portée en termes médiocrement concordants [1] », on concède ce dernier point.

De deux choses l'une : ou bien *legare* n'existait pas dans le texe original, et alors l'*Uti legassit* n'est plus qu'une reconstitution problématique de la loi et il est impossible d'en tirer des indications précises sur l'état de développement de la succession romaine au Ve siècle ; ou bien il y figurait réellement, mais alors il faut dégager le sens primitif de ce verbe en recherchant son étymologie et l'adapter à la règle. Le résultat de ces investigations dans l'histoire de ce mot permettra de conclure d'une façon fort différente des juristes classiques et des romanistes modernes qui les ont suivis.

Les auteurs qui ont tenté des recherches sur l'origine de *legare* ont rencontré des difficultés considérables à concilier *lĕg* avec ses nombreux sens et *lēg*, d'où serait sorti *lex, legatus, legatum, privilegium*, etc. [2] Un philologue allemand, Klotz, a proposé : *lex* de *legere* ou λὲγω ; *legare* sort de *lex* : « also auf gesetzlichem Wege etwas vornehmen, wodurch beide Bedeutungen miteinander vereinigt werden, oder in der ersten Bedeutung, *causativum* von λὲγειν : zum Sprecher machen, in der zweiten (als Vermächtniss festsetzen) von dem *causativum* λελαχεῖν, theilhaftig sein, theilhaftig machen... » Il y aurait donc parenté évidente entre *legare* et λαγχάνω, inf. λελαχεῖν, faire obtenir, accorder, tomber en partage, *faire participer*, *devenir participant*, etc. Voilà certes un sens qui éloigne *legare* de léguer, disposer de biens particuliers. Qu'on cherche d'ailleurs dans tous les dictionnaires latins : on constatera invariablement que la

[1] « Manuel », p. 777.

[2] *Vanicek*. « Etymologisches Wœrterbuch ». 1877.

première signification donnée à *legare* n'éveille nullement l'idée d'une disposition ; on traduit : députer, nommer à un poste, charger de, attribuer, ou ce qui vaut mieux : confier. Le sens de léguer, disposer, n'est donné qu'en tout dernier lieu.

Il est dès lors permis de croire que ce sens provient d'une interprétation extensive du terme, qui a pris ainsi une signification juridique et technique qu'il n'avait pas à l'origine. Nous conjecturons par conséquent que primitivement *legare* avait un sens très différent de celui dans lequel il est employé communément dans le langage juridique et qu'il visait, non pas les choses constituant le patrimoine, mais le successeur appelé par le père à prendre sa place à la tête de la *domus*, ou plutôt l'acte[1] par lequel le père rendait ce dernier *theilhaftig* en lui confiant le soin de continuer ses *sacra* pour le temps où il ne serait plus.

Ainsi compris, *legare* implique la double notion d'un choix et d'une loi. En ce qui a trait au choix, c'est en effet le père qui, au moyen d'un acte contractuel, nomme son successeur, qui le charge d'une mission, qui lui attribue et lui confie son culte, en un mot qui *legat*.

Mais d'où provient la notion d'une loi ? Nous avons vu que pour valider les propositions d'un *paterfamilias* quant au choix de son successeur, il fallait, à l'origine, une loi votée par les comices curiates, *lex curiata*. *Legare* énonce manifestement cette validation légale du contrat par les Pontifes et le peuple : *lex* a donné *legare*. Mais lorsqu'on affirme que la réforme a eu pour but de supprimer le contrôle officiel, de rendre le père législateur en quelque sorte dans sa *domus*, de l'autoriser à

[1] *Jhering*. « Esprit du Droit romain ». Trad. de Meulenaere. T. I, p. 148 et note 81.

legare, à *legem dicere,* encore faut-il s'entendre sur la nature de la *lex* que, désormais, il rendra seul. En effet, de ce qu'il fallait obtenir une loi spéciale pour déroger à la loi générale et violer ainsi légalement l'ordre de succession, il ne s'en suit pas nécessairement que ce soit l'acte même fait par le père avec son futur successeur, le contrat, qui est devenu la loi. Il faut, selon nous, distinguer ici l'acte pour cause de mort de la procédure solennelle qui était destinée à le légaliser. L'acte est indépendant de la loi dérogatoire rendue par les Comices, alors bien même qu'il n'est validé que par elle. Dès lors, si, du temps où le peuple rendait une loi, l'acte pour cause de mort n'était pas la loi elle même, à plus forte raison ne l'était-elle pas lorsque la mission de l'autorité publique ne consista plus qu'à enregistrer passivement, à homologuer le contrat. Il est probable que c'est parce qu'une loi publique, *lex*, sanctionnait l'acte qu'on a donné à celui-ci le nom de loi. Les juristes classiques n'y ont sans doute pas regardé de si près, et, se fondant sur le sens que *legare* avait à leur époque, ils ont attribué à l'acte de l'ancien droit les effets d'une loi qu'aurait rendue le père de famille en vue de régler le sort de ses biens pour après sa mort. Ils ignoraient sans doute que *legare* — si le mot a réellement existé dans la formule — signifiait en réalité tout autre chose.

C'est en examinant la structure juridique de l'acte pour cause de mort primitif et les effets qu'il devait produire qu'on parvient à comprendre qu'une confusion entre la notion de l'acte et celle de loi ait pu naître dans leur esprit. Ainsi donc, pour rétablir le sens et la portée de *legare* dans la loi des XII Tables, il faut faire abstraction de sa signification classique et technique et ne l'envisager que dans son sens étymologique originaire. Dans

l'ancien droit, il a pu avoir le sens de légaliser, donner une consécration officielle et légale, autant de choses qu'à aucun moment de l'histoire du droit romain, un père de famille n'a été autorisé à faire ; mais il n'apparaît pas que ce mot ait jamais désigné le droit pour un citoyen de *legem dicere, ferre* ou *condere*, puisqu'en définitive, même après la réforme qui a supprimé le contrôle effectif, celui-ci était obligé de présenter son contrat aux Pontifes et au peuple[1] pour le faire homologuer. L'attribution du rôle de législateur au *paterfamilias* et la signification de *legem dicere* à *legare* n'ont donc que la valeur d'une explication des juristes romains qui attachaient à ce mot le sens spécial qu'il avait pris de leur temps et qui s'appliquait à un acte très différent, sous le régime des XII Tables, de celui par lequel un citoyen réglait le sort de son culte et de sa *domus* dans certains cas déterminés. Le legs, c'est-à-dire la disposition à titre particulier, n'est apparu qu'avec l'institution d'héritier : il était inutile sous un régime tel que celui dont nous avons démontré l'existence.

Ainsi donc, on le voit, l'*Uti legassit* n'a pu introduire la liberté des dispositions testamentaires dans le droit romain. Notre théorie fondée sur la dénégation d'un sens technique à *legare* confirme à la fois l'idée que nous nous faisons de l'innovation attribuée au Code décemviral et le fait de l'impossibilité pour un chef de maison de disposer de biens dont il n'était pas exclusivement propriétaire. L'eût-il d'ailleurs été, le système successo-

[1] Ou peut-être seulement à une délégation du Collège des Pontifes et des Curies, car il est peu probable que lorsque la présentation de l'acte n'est devenue que de pure forme, on ait continué à réunir le peuple tout entier pour lui faire jouer le rôle de simple témoin impassible.

ral en vigueur eût empêché toute disposition sur le patrimoine, puisque, encore une fois, l'acte pour cause de mort, même débarrassé de tout contrôle gênant, n'avait pas pour but d'opérer une distribution de biens, mais simplement de créer un successeur au *de cujus*. La réforme n'a, selon nous, consisté qu'à concéder au citoyen le droit de se choisir à son gré un continuateur à sa personne et à son culte ; elle a consacré la liberté du choix, mais cette liberté-là seulement.

De tout cela, il résulte que la règle *Uti legassit* est extérieure à la liberté absolue de tester ; elle ne la vise pas. Notre théorie est, croyons-nous, en harmonie avec tout ce que nous savons de la succession primitive, avant l'apparition de l'institution d'héritier qui n'a pu se faire que dans le testament *per aes et libram* perfectionné.

Sous le régime des XII Tables, le système successoral est donc le suivant :

1° Les *sui* succèdent nécessairement et ne peuvent en principe être exclus.

2° En l'absence de *sui* ou lorsque le père a des motifs spéciaux pour exclure ceux qu'il a liberté de se choisir, en la forme contractuelle, un *extraneus*.

3° A défaut de *sui* et lorsque le chef de maison n'a pris aucune disposition, ouverture de la succession légitime, c'est-à-dire attribution des *sacra*, et par suite de la *domus familiaque*, aux successeurs légaux.

Il est évident que ce système ne devait pas avoir une longue durée. Le premier pas dans le sens de la liberté étant fait et la *mancipatio familiae* entrant en contact avec l'opération comitiale réformée, l'acheminement vers un mode unique de disposition pour cause de mort allait se précipiter et hâter l'abandon de l'acte *calatis comitiis* en raison des nombreux inconvénients qu'il présentait et

du principe d'égalité de tous devant la loi proclamé par les XII Tables.

La liberté des dispositions testamentaires a certainement existé à Rome mais à une époque postérieure et il est fort probable que la liberté du choix en a donné l'idée et lui a ouvert la voie. Lorsqu'en effet on se fut accoutumé à ne considérer le successeur que comme un propriétaire des biens qui dépendaient du culte et qui étaient destinés à en assurer l'entretien, lorsque la notion de propriété individuelle fut entrée dans les mœurs et consacrée par l'usage, lorsqu'enfin l'idée de la succession aux *sacra* fut supplantée par des considérations d'ordre économique et social, alors l'acte comitial n'eut plus sa raison d'être dans un régime laïcisé où le procédé purement patrimonial de la *mancipatio familiae* avait toutes les faveurs.

Nous avons déjà dit qu'il fallait probablement rechercher l'origine de la réforme introduite par les XII Tables dans le testament *in procinctu* pour lequel les circonstances spéciales dans lesquelles il se faisait excluaient toute forme ou procédure gênante et notamment le contrôle pontifical et populaire. Cela se conçoit facilement. On ne pouvait songer à transporter sur le champ de bataille le cérémonial et les solennités qui accompagnaient la validation de l'acte comitial. D'autre part les guerres étaient fréquentes, si fréquentes même qu'au dire de Tite-Live [1] le temple de Janus qui devait rester ouvert durant le temps des hostilités ne fut fermé que deux fois jusqu'à Auguste. Les citoyens pouvaient être appelés sous les armes à chaque instant et si la levée des troupes avait lieu en dehors des deux seuls moments

[1] I, 19.

fixés pour la réunion des *Comices* en vue de la confection des testaments et s'il n'avait existé que cette seule forme de disposition, les soldats pères de famille se seraient trouvés dans l'impossibilité de prendre leurs mesures pour assurer le sort de leurs *sacra*. C'eût été une injustice criante à l'égard de ceux-là mêmes qui risquaient leur vie pour la protection de la Cité.

Mais cette théorie suppose que les deux actes primitifs pour cause de mort sont contemporains. Elle est fondée sur le témoignage de Gaïus qui ne fournit aucun renseignement sur l'antériorité de l'une ou de l'autre de ces opérations et qui se borne à cette affirmation : *Testamentorum genera initio fuerunt : nam aut calatis comitiis testamentum faciebant..., aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant : procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*[1]. Ce laconisme a soulevé des discussions non seulement sur la nature du testament *in procinctu* mais aussi sur le moment de son apparition par rapport à l'acte *calatis comitiis*. Quelques auteurs ont pensé que le rôle du peuple en armes était le même qu'en temps de paix et qu'en conséquence le testament *in procinctu* devait se faire en sa présence et avec son approbation[2]. Seuls de leur opinion, Rubino et Hölder[3] soutiennent que « le testament militaire impliquait la coopération des Pontifes » bien que, ajoute Cuq, les textes n'en disent rien et qu'on ne voie guère comment les Pontifes pouvaient intervenir et assister chacun des testateurs au moment où l'armée allait livrer bataille. La grande majorité des romanistes attribue l'antériorité

[1] *Gaïus*. II, 101.
[2] *May*. « Eléments de Droit romain ». Paris 1892, p. 452.
[3] Cités par *Cuq*. « Institutions », p. 281, note 2.

au testament *Calatis comitiis* en se fondant sur cette considération que l'acte *in procinctu* ne comportait aucun contrôle quelconque et qu'en conséquence il n'a pu s'introduire que lorsque les Curies eurent perdu leur droit de surveillance sur la volonté du père de famille[1].

En l'absence de sources, il est fort difficile d'asseoir une théorie définitive. Quoi qu'il en soit, il nous paraît que l'acte *in procinctu* a dû sa naissance aux nécessités mêmes de la guerre. Il est ainsi fort vraisemblable que cet acte est, comme beaucoup d'autres institutions primitives des Romains, d'origine guerrière et qu'il remonte à une époque fort reculée. Toutefois, nous ne pouvons admettre l'opinion déjà citée de Cuq[2] qui conjecture que le testament ne fût usité en principe qu'en temps de guerre et qu'on eut, ensuite seulement, à déterminer la forme de l'acte devenu nécessaire pour le temps de paix, c'est-à-dire l'acte comitial. En effet, si l'acte *in procinctu*, dont la caractéristique est l'absence de formes, avait précédé le *calatis comitiis*, on ne s'expliquerait pas les motifs qui auraient guidé le législateur romain à entourer le type dérivé d'acte pour cause de mort de tant de solennités, alors que le type primitif en était totalement dépourvu. L'opinion de Cuq se heurte au principe de la simplification constante des formes de l'acte de dernière volonté et nous croyons avoir démontré qu'au contraire le testament *in procinctu* est une simplification de l'acte *calatis comitiis*, puisqu'il a apparemment donné l'idée de la suppression du contrôle. Nous devons également repousser, comme insuffisamment fondée, l'opinion émise par Girard selon lequel « l'acte *in procinctu* se

[1] *Accarias*. « Précis », p. 708. — *Girard*. « Manuel », p. 779. — *Greif*. « De l'origine du Testament romain. »

[2] « Inst. » p. 281 et 295.

faisait non pas devant le peuple dans sa disposition la plus ancienne, mais devant le peuple mis en ordre de bataille selon la distribution plus récente, qu'on fait remonter à Servius Tullius et qui date peut-être seulement de la République[1] », ce qui lui donnerait un caractère plus récent que le testament *calatis comitiis*. Nous pensons en effet avec Appleton que rien ne prouve que l'acte *in procinctu* n'est apparu qu'avec l'organisation en classes et centuries[2], car il est probable, ainsi que le dit cet auteur, que les comices par curies ont continué à subsister comme division du peuple votant, tandis que les curies ont disparu devant les centuries en tant que division du peuple combattant[3]. Nous pensons d'ailleurs que cet acte ne se faisait même pas devant l'armée tout entière, mais en présence seulement des plus proches voisins dans le rang du disposant et que ceux-ci se bornaient à lui prêter leur témoignage. Denys d'Halicarnasse nous apprend en effet que les citoyens étaient accoutumés, pendant la paix, à vivre ensemble et qu'ils ne se séparaient pas, lorsqu'ils faisaient la guerre, de ceux avec lesquels ils avaient offert les mêmes sacrifices et participé au même culte[4]. Il est donc vraisemblable que le citoyen faisait connaître ses intentions en leur présence. D'autre part, le caractère religieux du testament *in procinctu* se révèle dans la présence des Auspices au moment du départ pour le combat, ce qui rendait l'acte valable, puisqu'il était placé sous la protection des dieux. La preuve en git dans une déclaration de Cicéron[5] de laquelle il

[1] Op. cit., p. 778.
[2] *Denys d'Halicarnasse*. IV, 13 à 17.
[3] *Appleton*. Op. cit., p. 79 et 80.
[4] II, 23.
[5] « De nat. deorum. » II, 3, 39.

ressort que les testaments *in procinctu* disparurent à partir du moment où l'on cessa de prendre les Auspices lors d'une levée de troupes. Ce genre de testament est encore signalé dans un passage de Velleius Paterculus[1] où il est dit qu'au siège de Contrebie, en 612, cinq cohortes légionnaires avaient été débusquées d'une position escarpée et que, comme on avait ordonné aux soldats de la reprendre immédiatement, ceux-ci firent tous leur testament comme s'ils marchaient à une mort certaine : *facientibusque omnibus in procinctu testamenta.* Il n'est cependant pas certain qu'il s'agisse là du testament *in procinctu* primitif, mais peut-être du testament militaire issu de ce dernier, acte qui, on le sait, a toujours comporté une liberté complète de formes. Quant aux effets du premier testament *in procinctu,* ils devaient être évidemment les mêmes que ceux de l'acte comitial, en ce sens que le successeur choisi par le disposant était immédiatement investi de la vocation successorale et qu'il devenait en quelque sorte le *suus* de ce dernier.

De tout cela, nous croyons pouvoir conclure que l'acte *in procinctu* est contemporain de l'opération comitiale et qu'il remonte à la même époque reculée.

Mais si l'acte *in procinctu* a donné l'idée de la liberté pour le père de famille de se choisir un successeur à sa convenance par le fait de la suppression du contrôle pontifical et populaire, il reste à savoir comment l'idée de la liberté des dispositions testamentaires a pu se faire jour. Nous pensons qu'il faut rechercher l'origine de cette liberté absolue de tester dans l'acte mancipatoire. En effet, en vertu de ce procédé, un chef de maison pouvait disposer de la totalité de son patrimoine ou même le

[1] II, 5.

fractionner à sa guise, puisque l'*emptor familiae* n'était pas un véritable héritier mais un simple intermédiaire de transmission et qu'en principe il ne devait rien garder pour lui, mais distribuer les biens selon la volonté du disposant. Mais il n'était point tenu des obligations religieuses de celui-ci, et quant aux obligations civiles, il ne les acquittait apparemment que *intra vires*. Par la *mancipatio familiae*, procédé purement patrimonial, les biens constituant la succession étaient transférés en entier à l'*emptor familiae*, sans égard aux *sacra* du *de cujus*. Lorsque la notion de propriété individuelle distincte du culte fut consacrée et qu'on se fut accoutumé à voir dans le successeur du *de cujus* non plus le continuateur des *sacra*, mais le propriétaire des biens de la succession, alors se fit sentir le besoin de nommer un héritier qui, tout en étant bénéficiaire des biens, dût assumer la responsabilité des obligations civiles du défunt. Le père de famille n'étant pas limité dans le choix de son héritier, ne devait pas l'être non plus dans la libre disposition de son patrimoine en présence de l'effacement progressif de la copropriété familiale qui perdait de plus en plus sa raison d'être à mesure que les *sacra* disparaissaient. A l'antique notion de successeur au culte se substituait petit à petit la notion d'héritier : l'idée de patrimoine prenait la place des *sacra*. Comme le dit fort bien Appleton[1], le testament romain est parti d'une idée religieuse, le culte des mânes, et a fini par n'avoir plus qu'un but économique, la transmission des biens à cause de mort.

La transition de la notion primitive de successeur à celle d'héritier s'est faite par le canal de la *mancipatio familiae* dans laquelle l'*emptor familiae* joue le rôle

[1] « Le Testament de Gaïus Longinus Castor. » « Revue générale du Droit. » 1905, p. 481.

d'intermédiaire de transmission, d'exécuteur testamentaire, intermédiaire dont la présence a été nécessaire tant que l'état de développement des institutions juridiques ne permît pas d'admettre qu'une simple déclaration unilatérale de volonté était suffisante pour transférer la propriété et pour conférer directement, mais pour après la mort seulement, des droits successoraux à des tiers.

Même après la disparition de l'acte comitial devenu inutile sous un régime où les *sacra* avaient perdu leur importance et n'étaient plus observés, on dut se contenter d'un acte entre vifs comme la *mancipatio familiae* pour réaliser les effets désirés en vue de la mort et pour créer des rapports de droit, parce que le testament comme acte unilatéral et personnel n'existait pas encore. En tant qu'acte de dernière volonté, la *mancipatio familiae* a manifestement emprunté à l'acte comitial la notion d'un transfert universel du patrimoine et en raison de ce caractère d'universalité on a dû admettre qu'il n'y avait aucune impossibilité à laisser au disposant le soin de régler à sa guise le sort d'un patrimoine dont l'affectation n'était plus religieuse, en lui accordant une liberté complète de disposition.

Nous croyons donc que cette liberté ne fut pas instituée par un texte législatif, mais qu'elle est le résultat de la pratique et qu'elle s'est introduite dans les usages par suite d'un concours de circonstances historiques qui ont profondément modifié le régime de la propriété, et le droit successoral par contre-coup.

Nous ne pouvons aborder l'étude de l'évolution de l'institution d'héritier ; ce point appartient moins à l'histoire des origines du testament romain en général qu'à l'histoire du développement du testament lui-même. Qu'il

nous suffise de dire que dans sa structure juridique la *mancipatio familiae* première manière apparaît comme un acte destiné à procurer les effets désirés en vue de la mort dans les milieux où le testament n'est pas encore parvenu à sa forme définitive, c'est-à-dire un acte entre vifs. Economiquement, la *mancipatio familiae* vise un transfert du patrimoine ; juridiquement, elle est un acte *mortis causa ;* techniquement, elle n'est encore qu'un contrat conclu par le disposant, non pas avec son futur successeur, mais avec l'intermédiaire de transmission. Ce détour nécessitait une double opération ; deux transferts étaient en effet indispensables — du disposant à l'*emptor* et de celui-ci au gratifié — pour permettre au disposant de conserver jusqu'à sa mort la jouissance de ses biens et à l'intermédiaire de remplir sa mission au décès de celui-ci.

Ce mode de tester paraît avoir subsisté jusque vers les derniers siècles de la République. A partir de cette période, on assiste à une décomposition de la *mancipatio familiae* qui se transforme en le testament *per aes et libram* seconde manière où la *nuncupatio* constitue l'élément essentiel de l'opération. En effet, de réelle qu'elle était, la *mancipatio* n'est plus maintenue que pour la forme et par respect pour les usages anciens. En revanche, la *nuncupatio* tend à prendre une importance de plus en plus considérable. La *nuncupatio* est une formule solennelle par laquelle le disposant déclare ses dernières volontés au *familiae emptor*. A l'origine, elle constituait une partie de la *mancipatio*, mais elle tendit de plus en plus à se détacher de cette dernière. On avait compris en effet l'inutilité d'un double transfert et on s'habitua à ne chercher la source productive de droits que dans la *nuncupatio*. Dès lors, le rôle du *familiae emptor* deve-

nait sans objet, puisqu'il n'acquérait plus aucun droit sur le patrimoine. L'*emptor* n'est plus qu'un simple figurant à l'acte comme le *libripens* et les témoins. Ainsi disparaît le second transfert, et quant au premier, il n'est plus qu'une formalité vide de sens et sans but dont le maintien n'est plus justifié que par la tradition. Ce qui a d'ailleurs activé la transformation de l'opération mancipatoire, c'est l'adaptation à l'acte pour cause de mort de la règle des XII Tables *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*[1].

Telle est à grands traits l'esquisse de l'évolution du testament *per aes et libram* modifié. On le voit, la *mancipatio* a disparu derrière la *nuncupatio* qui désormais occupera le premier plan et qui, sous la forme verbale ou écrite, constituera vraiment alors un acte unilatéral, c'est-à-dire un *testament*, puisque cet acte n'exige plus en réalité l'intervention d'un intermédiaire, ni le concours d'aucune volonté étrangère. L'héritier institué puise sa vocation dans la déclaration faite par le testateur et cette déclaration ne sortira ses effets qu'à la mort de ce dernier. L'acte du disposant est autonome, personnel, et par conséquent librement révocable.

Le testament est né, car la volonté qu'il exprime est vraiment *ambulatoria usque ad vitae supremum exitum*.

---

[1] *Cicéron*. « Orat. ». I, 38 et 57.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

Le testament est inconnu des peuples primitifs.

CHAPITRE II

L'Acte Calatis Comitiis.

CHAPITRE III

La Règle Uti legassit... ita jus esto.